

Die Begriffe von Zugehör und Bestandteil im Schweizerischen Recht

Dissertation

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Hans-Caspar von Schultheß Rechberg

von Zürich

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Zürich 1953

Buchdruckerei Schultheß & Co. AG.

Die Begriffe von Zugehör und Bestandteil im Schweizerischen Recht

Dissertation

**der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich**

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Hans-Caspar von Schultheß Rechberg

von Zürich

Genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. G. Weiß

Zürich 1953

Buchdruckerei Schultheß & Co. AG.

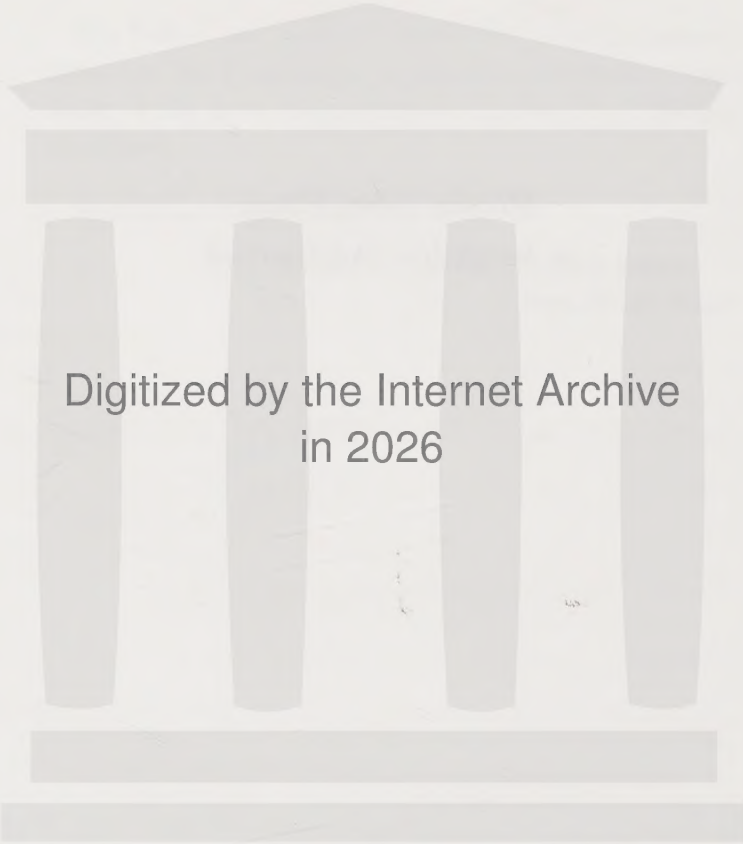
Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 20. Juni 1953

Der Dekan:
Prof. Dr. *W. Bickel*



*Meinen lieben Eltern
in herzlicher Dankbarkeit*



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507223_0070

Literaturverzeichnis

- Blumenstein, E.: Handbuch des schweiz. Schuldbetreibungsrechtes. Bern 1908/1911.
- Bodmer, R.: Rechtsverhältnisse an Bestandteil und Zugehör, insbesondere im Hinblick auf Dritte. Diss. Zürich 1952.
- Brodbeck, K. A. / Daepfen, O. / Welti, M.: Bundesgerichtspraxis zum ZGB II. Band, 2. Aufl. Zürich 1941.
- Curti, E.: Schweiz. ZGB mit Erläuterungen. Zürich 1911.
- Daeniker, H.: Die Mobiliarhypothek im modernen schweiz. und franz. Recht. Diss. Zürich 1908.
- Erläuterungen zum Vorentwurf des Schweiz. Zivilgesetzbuches. Eidg. JPD, 2. Aufl., II. Band. Bern 1914.
- Fromm, L.: Das Zubehör in der Zwangsversteigerung eines Grundstückes. Diss. München 1908.
- Geiger, P. H.: Die Rechtsbeziehungen im Hypothekarkreditgeschäft. Diss. Zürich 1939.
- Gesterding, F. C.: Neue und alte Irrtümer der Rechtsgelehrten. Greifswald 1818.
- Göppert, H.: Ueber organische Erzeugnisse. Halle 1869.
- Haab, R.: Kommentar zum ZGB. Band IV. Zürich 1929.
- Haffter, M.: Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte nach schweiz. ZGB. Diss. Bern 1928.
- Hirschland, K.: Bestandteile einer Sache und Zubehör. Diss. Jena 1905.
- Hitzig, H. F.: Die Grunddienstbarkeit im Vorentwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches. ZSR NF 19 (1900) S. 353 ff.
- Hölder, E.: Kommentar zum BGB. I. Teil. München 1900.
- Homberger, A.: Kommentar zum ZGB. IV. Band, 3. Teil, 2. Aufl. Zürich 1934.
- Homberger, A. / Marti, H.: Bestandteil, SJK Karte 294; Zugehör, SJK Karte 295; Grundpfandrechte SJK Karte 609. Genf 1942.
- Huber, E.: System und Geschichte des schweiz. Privatrechtes. Basel 1886.
- Jaeger, C. / Daeniker, M.: Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911 bis 1945. 2 Bände. Zürich 1947.
- Jaeger, C.: Das Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs. 7 Bände, 3. Aufl. Zürich 1911—1940.
- Jaeger, E.: Die Behandlung des Eigentumsvorbehaltes im schweiz. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht. Diss. Zürich 1936.
- Jenny, K.: Der Besitzbegriff nach ZGB. Diss. Zürich 1915.
- Kohler, J.: Die Lehre von den Pertinenzen. In Jherings Jahrbuch für Dogmatik, Band 26 (1888), S. 1 ff.
- Krayer, P. E.: Die Grundstückzugehör in Schuldbetreibung und Konkurs. Diss. Basel 1940 (Masch.-Schr.).
- Krückmann, P.: Wesentlicher Bestandteil und Eigentumsvorbehalt. Leipzig 1906.
- Langenegger, K.: Die Sicherungsbefugnisse der Grundpfandgläubiger gegen Wertverminderung des Unterpfandes. Diss. Zürich 1921.

- Leemann, H.: Kommentar zum ZGB. Band IV 1, 2. Aufl. Bern 1920.
- Oertmann, P.: Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen. 3. Aufl. Berlin 1927.
- Oftinger, K.: Schweiz. Haftpflichtrecht. II. Band. Zürich 1942.
- Oser, H. / Schönenberger, W.: Kommentar zum ZGB. V. Band, 1./3. Teil. Zürich 1928/1945.
- v. Overbeck, A.: Schuldbetreuung und Konkurs. 2. Aufl. Zürich 1940.
- Pfeiffer, G. J.: Les accessoires immobiliers et l'hypothèque. Diss. Lausanne 1927.
- Pfenninger, H. F.: Uebung und Ortsgebrauch. Diss. Zürich 1911.
- Pfister, H.: Die Fahrnisverschreibung im Entwurfe des schweiz. ZGB. In ZBJV 39 (1903) S. 249—58/321—32.
- Protokoll der Expertenkommission für das ZGB. Band 3. Bern 1903.
- Rosenthal, H.: Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. Berlin 1931.
- Rossel, V. / Mentha, F.-H.: Manuel du droit civil suisse. Vol. 2/3, 2^e éd. Lausanne / Genève 1922.
- v. Schlumberger, E.: Abgrenzung von Zugehör und Bestandteil nach BGB. Diss. Heidelberg 1907.
- Schnell, S. L.: Civilgesetzbuch für die Stadt und Republik Bern. 2. Band. Bern 1827.
- v. Staudinger, J.: Kommentar zum BGB. Band 1, 10. Aufl. München/Berlin/Leipzig 1936.
- Sokolovski, P.: Die Philosophie im Privatrechte. Band I. Halle 1902/07.
- Staehelin, F. A.: Probleme aus dem Gebiet des Eigentumsvorbehaltes. Diss. Basel 1936 (erschienen: Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 11, Basel 1937).
- Tobias, H.: Eigentumserwerb durch Verbindung. In Archiv für ziv. Praxis, Band 94 (1903) S. 371 ff.
- v. Tuhr, A. / Siegwart, A.: Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechtes. I. Halbband, 2. Aufl. Zürich 1942.
- Tuor, P.: Kommentar zum ZGB. III. Teil. Bern 1929.
- Das schweiz. Zivilgesetzbuch. 5. Aufl. Zürich 1948.
- Wäber, P.: Die Pertinenzen im modernen Rechte. Diss. Bern 1899.
- Weiß, G.: Das Recht der Grundpfandgläubiger an den Erträgen des verpfändeten Grundstückes. Habil.-Schrift Zürich 1936 (St. Gallen).
- Sammlung eidg. und kant. Entscheidungen zum schweiz. ZGB und OR, Zeitraum 1912—1921, Zürich 1926; Weiß, G. / Wolfer, E.: do. Zeitraum 1922—1937, Zürich 1946. (Zit.: Weiß, Sammlungen).
- Wieland, C.: Kommentar zum schweiz. ZGB. IV. Band. Zürich 1908.
- Windscheid, B.: Lehrbuch des Pandektenrechtes. 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
- Wipfheimer, H.: Kann ein Gegenstand Zubehör mehrerer Sachen sein? In Archiv für bürgerliches Recht, Band 29 (1906) S. 84 ff.
- v. Wyl, H.: Die Bedeutung des Registerzwanges beim Eigentumsvorbehalt nach ZGB für Theorie und Praxis. Diss. Freiburg i. Br. 1934.

Abkürzungen

Anl.VZG	=	Anleitung der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer des BG über die bei der Zwangsverwertung von Grundstücken zu errichtenden Aktenstücke vom 7. Oktober 1920
BG	=	Bundesgericht
BGE	=	Bundesgerichtsentscheide
BR	=	Bundesrat
EG	=	Einführungsgesetze (kantonale)
EV	=	Eigentumsvorbehalt
GBVo.	=	Vo. des BR betr. das Grundbuch vom 22. Februar 1910
KV	=	Vo. des BG über die Geschäftsführung der Konkursämter vom 13. Juli 1911
PG	=	Privatgesetzbücher (kantonale)
Praxis	=	Praxis des Bundesgerichtes (Zeitschrift)
RG	=	Reichsgerichtsentscheide in Civilsachen
SJK	=	Schweizerische Juristische Kartothek
SJZ	=	Schweizerische Juristen-Zeitung
Vo.	=	Verordnung
VVG	=	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908
VZG	=	Vo. des BG über die Zwangsvollstreckung von Grundstücken vom 23. April 1920
ZBGR	=	Schweiz. Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZBJV	=	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZR	=	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	=	Zeitschrift für schweizerisches Recht

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	5
Abkürzungen	7
Einleitung § 1	11
A. Die Beziehung zwischen Sachen	11
B. Die Hauptsache	11

1. Teil:

Die Begriffe von Zugehör und Bestandteil	13
<i>1. Kapitel: Allgemeiner Teil</i>	<i>13</i>
§ 2 Der Bestandteilsbegriff	13
A. Der Begriff im allgemeinen	13
B. Die Merkmale des Bestandteilbegriffes	13
§ 3 Der Zugehörbegriff	16
A. Der Begriff im allgemeinen	16
B. Die Merkmale des Zugehörbegriffes	16
1. Die objektiven Erfordernisse	16
2. Die subjektiven Erfordernisse	18
<i>2. Kapitel: Spezieller Teil</i>	
<i>Die Gegenüberstellung von Zugehör und Bestandteil</i>	<i>21</i>
§ 4 Nach räumlichen Gesichtspunkten	21
§ 5 Nach wirtschaftlichen und sachlichen Gesichtspunkten	25
§ 6 Nach rechtlichen Gesichtspunkten	35

2. Teil:

Die rechtlichen Wirkungen der Zugehör- und Bestandteilseigenschaft	37
<i>1. Kapitel: Die rechtlichen Verfügungen über den Bestandteil und seine Hauptsache</i>	<i>37</i>
§ 7 Im Privatrecht	37
A. Im Sachenrecht	37
B. Im Obligationenrecht	41

	Seite
§ 8 Im öffentlichen Recht	44
A. Im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	44
B. In der Expropriation	46
<i>2. Kapitel: Die rechtlichen Verfügungen über die Zugehör und ihre Hauptsache</i>	<i>47</i>
§ 9 Im Privatrecht	47
A. Im Sachenrecht	47
1. Das Eigentum	47
2. Eigentumsvorbehalt	49
3. Pfandrechte	50
a) Grundpfandrechte	50
b) Faustpfandrechte	56
4. Besitz	58
B. Familien- und Erbrecht	58
C. Im Obligationenrecht	59
§ 10 Im öffentlichen Recht	62
A. Im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht	62
1. Betreibung auf Pfändung	62
a) Pfändung der Zugehör allein	62
b) Pfändung der Hauptsache	64
a) Grundstücksverwertung	66
β) Mobiliarverwertung	70
2. Betreibung auf Pfandverwertung	72
3. Konkurs	72
a) Das Inventar	73
b) Der Schuldenruf	73
c) Das Kollokationsverfahren	74
d) Bereinigung des Lastenverzeichnisses, Anfechtung der Kollokation	75
e) Das Aussonderungsverfahren	76
f) Verwertung und Verteilung	77
B. In der Expropriation	78

Einleitung § 1

A. Die Beziehung zwischen Sachen

1. Der Begriff der Sache nach schweizerischem Recht

Im schweizerischen Recht erstreckt sich der Begriff der Sache auf rein körperliche, physisch wahrnehmbare Dinge. Und hier wiederum nur auf solche, die nach der geltenden Rechtsordnung rechtlicher Herrschaft unterworfen sein können. «Demnach ist die körperliche Sache zu definieren als ein abgegrenztes, für sich allein wirtschaftlich nutzbares Stück der körperlichen Güterwelt, das der menschlichen Sachherrschaft fähig ist, und das nach positivem Recht den selbständigen Gegenstand einer solchen Herrschaft bilden kann»¹. Somit sind alle jene Dinge ausgeschlossen, die wohl als Gegenstand wahrnehmbar, jedoch der menschlichen Herrschaft entzogen sind. Dazu gehören auch die Dinge, welche der Mensch zwar wohl beherrschen, nicht aber wirtschaftlich verwerten kann.

2. Die Beziehung zwischen Sachen

Bilden mehrere Einzelsachen unter sich eine wirtschaftliche Einheit, so bezeichnet man sie als *Sachgemeinschaft*. Die in ihr zusammengefaßten Sachen bilden entweder einen Verband, in dem jede Sache der anderen gleichmäßig dient, oder aber eine Sache ist den anderen übergeordnet. Im ersten Falle spricht man von einem *koordinierten*, im zweiten von einem *subordinierten* Verhältnis. Letzteres besteht bei der Beziehung von Pertinenz (= Zugehör) und Bestandteil zur Hauptsache.

Die Sachgesamtheit bildet jedoch keine rechtliche, sondern nur eine wirtschaftliche Einheit², was im Verhältnis von Hauptsache zu Pertinenz deutlich gezeigt wird. Die Zugehör behält trotz ihrer wirtschaftlichen Verbindung mit der Hauptsache ihre rechtliche Selbständigkeit bei. Beide werden durch ihre Verbindung im wirtschaftlichen Werte gesteigert, ohne jedoch ihre rechtliche Unabhängigkeit preiszugeben³. Obwohl in der Sachgesamtheit jede Einzelsache rechtlich selbständig bleibt, kann von einer Einzelsache rechtlich trotzdem nicht mehr gesprochen werden, denn in erster Linie ist nun nicht die einzelne Sache, sondern die Sachgemeinschaft wesentlich.

B. Die Hauptsache

Bestandteils- oder Zugehöreigenschaft kommt einer Sache nur im Verhältnis zu einer Hauptsache zu, die übergeordnet ist.

¹ Haab, Einl. S. 10/11; vgl. auch Haab, ZGB 642 N 7; Leemann, Einl. N 6. Für das deutsche Recht (BGB 96): Schlumberger, S. 37 ff.

² a. M. Sokolowsky, I, S. 396 ff.

³ Haab, Einl. N 39.

Eine Hauptsache kann, wie alle Sachen im schweizerischen Recht, nur eine *körperliche* sein. Rechte gelten nicht als Sachen. Von den körperlichen Sachen kann jede im Prinzip die Stellung einer Hauptsache einnehmen, da jede einer andern übergeordnet werden kann. Ob diese Sachen nun *beweglich* oder *unbeweglich* sind, ist nicht von Bedeutung, denn das moderne Recht anerkennt Mobilien und Immobilien als Hauptsachen⁴. Dagegen können nicht sowohl Bestandteil, als auch die Zugehör unbeweglich sein. Stehen zwei unbewegliche Sachen in enger Beziehung zueinander, so kann nicht von einer Ueber- und Unterordnung gesprochen werden, sondern nur von einer *Gleichstellung*. Dann kann weder ein Pertinenz- noch ein Bestandteilsverhältnis vorliegen, sondern nur zwei selbständige «Haupt»-Sachen, die in enger Beziehung miteinander stehen⁵.

Anders, wenn eine Sache beweglich, die andere unbeweglich ist. Als Hauptsache muß immer die *unbewegliche* betrachtet werden, denn eine unbewegliche Sache kann nicht einer beweglichen dienen⁶. Umgekehrt aber läßt sich eine bewegliche Sache der Immobilie leicht unterordnen, sei es in sachlicher, sei es in wirtschaftlicher Weise, so daß von einem Bestandteils- oder Pertinenzverhältnis gesprochen werden kann.

Wesentlich schwerer wird es sein, festzustellen, welches die Hauptsache bei *zwei miteinander verbundenen Mobilien* ist. Wäber⁷ verneint a priori ein über- und untergeordnetes Verhältnis, er spricht von einem Teilverhältnis. Diese Lösung des Problems ist einfach, weicht aber der Kernfrage aus. Wenn prinzipiell alle körperlichen Sachen Hauptsache sein können, so muß auch ein Dienstverhältnis zwischen zwei beweglichen Sachen bestehen können. Tobias⁸ betrachtet die Sache als Hauptsache, die die wertmäßiger bedeutendere ist. Dem kann jedoch nicht beigespflichtet werden, denn oft kann eine wertvollere Sache einer minderen Sache dienen, d. h. also untergeordnet sein (z. B. guter Bilderrahmen zu einer Reproduktion, Diamant in Goldring). Richtigerweise muß vielmehr darauf abgestellt werden, «was dem Sachganzen nach der Verkehrsanschauung ihr charakteristisches Gepräge gibt»⁹. Damit wäre eine Regelung geschaffen, die sich den tatsächlichen Verhältnissen anpaßt. Die dienende Mobilie, auch wenn sie mit einer andern eng verbunden ist, muß unbeschadet ihres Wertes (der sich ja auch ändern kann) als die untergeordnete Sache betrachtet werden.

Somit wäre der Ausgangspunkt für das Zugehör- und Bestandteilsverhältnis geschaffen.

⁴ Wäber, S. 53.

⁵ Wäber, S. 54/55.

⁶ Kohler, S. 153.

⁷ S. 55 Anm. 1.

⁸ S. 426.

⁹ Haab, ZGB 642 N 9.

Die Begriffe von Zugehör und Bestandteil

1. Kapitel Allgemeiner Teil

§ 2 Der Bestandteilsbegriff (ZGB 642)

A. Der Begriff im allgemeinen

Der Begriff des Bestandteils wird in ZGB 642 II umschrieben und abgegrenzt: «Bestandteil einer Sache ist alles, was nach der am Orte üblichen Auffassung zu ihrem Bestande gehört und ohne ihre Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann.» Die Legaldefinition ist weit und frei gefaßt, was ganz den Bedürfnissen der Praxis entspricht, denn diese muß bei der Feststellung der Bestandteilsqualität jedesmal auf den konkreten Fall abstellen. Dennoch lassen sich drei wesentliche Merkmale für die Bestandteilsqualität unterscheiden:

1. äußere Verbindung;
2. innere Verbindung;
3. Ortsgebrauch.

Diese sind Grundlage und Ausgangspunkt für die weiteren Ausführungen.

B. Die Merkmale des Bestandteilsbegriffes

1. Äußere Verbindung

Physikalisch ist jede Sache in unendliche Teile zerlegbar, rechtlich dagegen nur so weit, als diese zerlegten Teile noch einen wirtschaftlichen Wert besitzen. Sie bilden die Bestandteile¹. Diese stehen nun zur Hauptsache in einem äußeren, räumlichen und körperlichen Verhältnis, das verschiedener Art sein kann. Auf eine bestimmte Umschreibung hat das ZGB verzichtet, ganz im Gegensatz zu alten kantonalen Rechten (z. B. Züricher PG § 49: «niet-, nut-, nagel- oder schraubenfest verbunden»). So ist es nicht notwendig, daß die Verbindung besonders fest sei, die Schwerkraft allein kann schon genügen (z. B. Ziegel, Schindeln, aufgelegte Bretter)². Immerhin muß die Verbindung der beiden Gegenstände so beschaffen sein, daß bei Wegnahme des Bestandteils die Hauptsache zerstört, beschädigt oder verändert wird³.

¹ Schlumberger, S. 20.

² Haab, ZGB 642 N 11 und dort angeführte Beispiele. Leemann, ZGB 642 N 7.

³ Haab, ZGB 642 N 11; Leemann, ZGB 642 N 10—12; a. M. Wieland, ZGB 642 4b: nicht nur an der Hauptsache, sondern auch am Bestandteil muß ein Schaden eintreten. Vgl. auch BGB 93, BGE 64 II 85, ZBGR 32, 223.

Es ist ferner gleichgültig, wie diese Verbindung geschaffen wurde, ob durch die Natur, durch eine Katastrophe oder von Menschenhand, entscheidend allein ist die räumliche Beziehung.

2. Innere Verbindung

Wesentlicher als die äußere ist die innere Verbindung, denn hierin kann das eigentliche Merkmal des Bestandteils gefunden werden. Hauptsache und Bestandteil müssen, damit von einem Bestandteilsverhältnis gesprochen werden kann, als sachliches Ganzes in Erscheinung treten⁴. Ein Bestandteilsverhältnis ist dann gegeben, wenn der mit der Hauptsache verbundene Bestandteil jener nicht wesensfremd, d. h. daß die Verbindung nicht nur rein objektiv, sondern daß auch eine subjektive Beziehung zwischen diesen beiden Sachen vorhanden ist⁵. Dabei braucht die physikalische Natur des Bestandteils und der Hauptsache nicht unbedingt gleich zu sein; der Bestandteil hat die Aufgabe, in erster Linie die Hauptsache in sachlicher Weise zu vollenden oder zu ergänzen, gleichgültig wie er beschaffen sein mag⁶.

Einer Sache kann nur dann Bestandteilsqualität zugesprochen werden, wenn ihre Wegnahme eine Zerstörung, Veränderung oder Beschädigung der Hauptsache nach sich ziehen würde⁷, die nicht notwendigerweise physikalischer Natur zu sein braucht. Genügend ist es schon, wenn durch die Loslösung eine Veränderung im Sinne einer bloßen Verminderung des Verkehrswertes eintritt⁸. Dabei ist nicht wesentlich, daß nur der Bestandteil als solcher zerstört, beschädigt oder verändert wird, sondern daß in erster Linie die Hauptsache durch die Wegnahme seines Bestandteils in irgendeiner Weise leidet⁹.

Als Nichtbestandteile betrachtet *Wieland* in seinem Kommentar (ZGB 642 4c) Sachen, die leicht wieder zu ersetzen sind (Räder eines Wagens, leichtbeschaffbare Teile einer Maschine usw.). Diese Auslegung ist etwas zu eng. Es liegt ja gerade im Wesen des Bestandteiles, daß ein sachlicher Zusammenhang sehr ausgeprägt zu finden ist. Zudem sind im allgemeinen die Bestandteile leicht ersetzbar, so daß unter diesen Begriff wenig fallen würde und eine große Unsicherheit dann entstehen müßte, wenn z. B. in Mangelzeiten sonst leicht ersetzbare Teile schwer zu erhalten sind.

⁴ *Haab*, ZGB 642 N 12. Vgl. BGE 43 II 162/63.

⁵ a. M. *Leemann*, ZGB 642 N 9.

⁶ *Haab*, ZGB 642 N 13.

⁷ Tritt eine Veränderung der Hauptsache bei der Wegnahme eines Teiles derselben nicht ein, so liegt kein Bestandteilsverhältnis, sondern nur ein enges Verhältnis zweier selbständiger Sachen vor.

⁸ *Haab*, ZGB 642 N 13; *Leemann*, ZGB 642 N 16; a. M. *Wieland* ZGB 642 4c.

⁹ BGE 44 II 392; *Haab*, ZGB 642 N 9; anders BGE 93.

Die innere Verbindung ist erst dann vorhanden, wenn sie auch dauernd ist. Eine nur vorübergehend gedachte Zusammenfügung begründet kein Bestandteilsverhältnis¹⁰. Andererseits wird die Bestandteileigenschaft nicht aufgehoben, wenn die Hauptsache und der Bestandteil vorübergehend getrennt werden müssen (Reparatur, Revision usw.)¹¹.

3. Der Ortsgebrauch

Damit einer Sache Bestandteilsqualität zukommt, muß neben den schon aufgezählten (Ziff. 1 und 2, S. 13 ff.) noch eine weitere Voraussetzung erfüllt sein: Sie muß nach der am Orte üblichen Auffassung zum Bestande einer Sache — der Hauptsache — gehören (Art. 642 Abs. 2 ZGB). Maßgebend ist die Ortsübung am Orte der Hauptsache¹².

Durch die direkte Aufnahme der Ortsübung als einer Voraussetzung für die Bestandteilsqualität ins ZGB wird diese zum mittelbaren Gesetzesinhalt. Der Richter hat sie zu kennen, ohne daß ihn die Parteien darauf aufmerksam machen. Das Gesetz gibt ihm in Art. 5 Abs. 2 ZGB ein Hilfsmittel zur Auffindung des Ortsgebrauchs: Als Ortsgebrauch gilt das bisherige kantonale Recht, solange nicht eine abweichende Uebung nachgewiesen werden kann.

Das bisherige kantonale Recht stellt eine Vermutung für bestimmte Ortsübung auf, maßgeblich ist jedoch der effektiv geltende Ortsgebrauch. Dieser ist im Sinne von Art. 642 Abs. 2 und auch von Art. 5 Abs. 2 ZGB zu berücksichtigen. Wenn daher bestimmte Kantone¹³ in ihren Einführungsgesetzen Listen von Sachen aufzählen, denen Bestandteilsqualität zukommen soll, können diese Listen keine rechtliche Bedeutung haben, sonst würde das heißen, daß kantonales Recht Bundesrecht derogieren könne. Die entsprechenden Bestimmungen schaffen aber auch nicht eine Vermutung für die Bestandteilsqualität der in ihnen aufgezählten Sachen. Eine solche Vermutung schafft nur das alte, d. h. das vor Inkraftsetzung des ZGB in Geltung gewesene, kantonale Recht (Art. 5 Abs. 2 ZGB). Sogar dann, wenn die Einführungsgesetze altes kantonales Recht übernommen haben, gilt dieses nicht als «Ortsgebrauch», weil es in den Einführungsgesetzen enthalten ist, sondern weil es schon im alten kantonalen Recht enthalten war und auch dann nur, solange keine abweichende, effektiv herrschende Uebung nachgewiesen ist¹⁴.

¹⁰ Haab, ZGB 642 N 14; Leemann, ZGB 642 N 19; ebenso BGB 95.

¹¹ Rossel et Mentha, II S. 298.

¹² Leemann, ZGB 642 N 22.

¹³ Appenzell-Außerrhoden EG 901/911; Appenzell-Innerrhoden EG 861, 871; Baselland EG 77; Freiburg EG 199; Glarus EG 120; Graubünden EG 100; Neuenburg EG 62; Schwyz EG 141; Solothurn EG 244; Nidwalden EG 71/72; Uri EG 78; Zug EG 91; Zürich EG 135.

¹⁴ Dazu Haab, ZGB 642 N 15; Egger, ZGB 5 N 18.

§ 3. Der Zugehörbegriff (ZGB 644/45)

A. Der Begriff im allgemeinen

Nach ZGB 644 II sind diejenigen beweglichen Sachen Zugehör, «die nach der am Orte üblichen Auffassung oder nach dem klaren Willen des Eigentümers der Hauptsache dauernd für deren Bewirtschaftung, Benützung oder Verwahrung bestimmt und durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in die Beziehung zur Hauptsache gebracht sind, in der sie ihr zu dienen haben». Zugehör und Hauptsache bilden in erster Linie eine wirtschaftliche Einheit. Die Pertinenz hat nicht die Funktion des Bestandteils, eine Hauptsache materiell zu vervollkommen (sachliche Einheit), sondern sie hat die Aufgabe, die wirtschaftliche Ausnutzung der Hauptsache zu ermöglichen oder zu erleichtern (wirtschaftliche Einheit)¹.

Es lassen sich für das Zugehörverhältnis folgende Voraussetzungen unterscheiden:

1. Objektive Erfordernisse:
 - a) Bewegliche Sache
 - b) Aeüßeres Verhältnis
 - c) Inneres Verhältnis
2. Subjektive Erfordernisse:

Ortsgebrauch oder
Wille des Eigentümers.

B. Die Merkmale des Zugehörbegriffes

1. Objektive Erfordernisse

a) Bewegliche Sache

Zugehörqualität können nur bewegliche, selbständige Sachen haben (ZGB 644 II), sie behalten diese Eigenschaft auch dann, wenn die Hauptsache unbeweglich ist². Immobilien können schon aus dem Grunde nicht Zugehör sein, weil zwischen ihnen und der Hauptsache die räumliche Beziehung fehlen würde und eine Immobilie nicht einer andern zu dienen vermag³. Rechte können wie beim Bestandteil nicht Gegenstand

¹ Leemann, ZGB 644/45 N 1.

² ZR 8 S. 293 ff. Anders beim Bestandteil, der immobilisiert wird. Leemann, ZGB 644/45 N 4. Vgl. auch BGB 97 I; Staudinger, BGB 97 N 3; BGE 42 II 116.

³ Siehe hinten § 3 B 1b. Leemann, ZGB 644/45 N 4.

des Pertinenzverzeichnisses werden. Ebenso ist es nicht möglich, daß eine Sache Zugehör eines Rechtes ist ⁴.

b) Aeüßeres Verhältnis

Zwischen Hauptsache und Zugehör muß eine für jeden Dritten erkennbare räumliche Beziehung bestehen ⁵. Diese braucht nicht besonders eng zu sein. Eine physische Verbundenheit ist nicht erforderlich, wie dies beim Bestandteil die Regel bildet, wohl ist aber eine solche möglich. Jegliche Verbindung oder Anpassung (ZGB 644 II) schafft schon das äußere Verhältnis zwischen Zugehör und Hauptsache ⁶. Ferner ist es nicht nötig, daß die Pertinenz sich in oder bei der Hauptsache befinde (z. B. Schiffe oder Eisenbahnwagen bleiben Zugehör einer Fabrik) ⁷. Folglich kann die Zugehör ihre Lage beliebig wechseln, vorausgesetzt, daß sie nicht den innern Zusammenhang mit der Hauptsache verliert ⁸. Eine vorübergehende Trennung der Zugehör von der Hauptsache löst das Pertinenzverhältnis nicht auf (ZGB 644 III).

c) Inneres Verhältnis

Das hervorstechende Merkmal beim Verhältnis von Zugehör zur Hauptsache ist deren innere Beziehung zueinander. Hauptsache und Pertinenz stellen einen wirtschaftlichen Zweckverband dar. Im Gegensatz zum Bestandteil hat die Zugehör nicht eine Sache zu vollenden, sondern die an und für sich schon vollständige Hauptsache wirtschaftlich zu fördern, ihre Nutzung zu steigern ⁹. Die Pertinenz steht in einem dienenden oder untergeordneten Verhältnis zur Hauptsache. Eine eigene Zweckbestimmung kann sie nicht mehr haben, da sie, obwohl rechtlich noch selbständig, ganz im Dienste der Hauptsache steht. Sachen, die dem Eigentümer nur zum persönlichen Gebrauch dienen, können daher nicht Pertinenzqualität besitzen. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, daß die Pertinenz der Hauptsache dauernd zu dienen hat (ZGB 644 II). Der Ausdruck «dauernd» ist hier allerdings relativ aufzufassen: Der Umstand, daß eine spätere Auflösung der Pertinenzbeziehung möglich ist, verhindert ein Zugehörverhältnis nicht ¹⁰. Als «Dauer» ist demnach die Zeit zu be-

⁴ *Wieland*, ZGB 644/45 15; *Haab*, ZGB 644/45 N 5—7; a. M. *Leemann*, ZGB 644/45 N 5: Er betrachtet selbständige dauernde Rechte (Bau-, Quellenrechte usw.), die im Grundbuch aufgenommen sind, für fähig, sowohl Bestandteil wie auch Zugehör zu haben. *Wäber*, S. 121, vertritt die Ansicht, daß ein Talon Zugehör eines Stamm-papieres ist.

⁵ BGE 43 II 163.

⁶ BGE 42 II 118.

⁷ BGE 54 II 117 ff.

⁸ Siehe hinten § 3 B 1c.

⁹ *Schlumberger*, S. 48; BGE 43 II 596.

¹⁰ *Haab*, ZGB 644/45 N 9; ZBJV 60 S. 557 ff., 57 S. 231, 52 S. 231; ZR 10. 108, 17. 4; BGE 45 II 188, 191; *Weiß*, Sammlungen Nr. 4355.

trachten, in der die Pertinenz der Hauptsache die ihr zuge dachte wirtschaftliche Zweckbestimmung zu erfüllen vermag.

Verbrauchbare Sachen können nicht Zugehör werden (ZGB 645)¹¹. Ihnen fehlt ein dauernd gedachtes Verhältnis zur Hauptsache. Sie sind nur vorübergehend verbunden, daher unfähig als Zugehör im Dienste der Hauptsache zu stehen (auch wenn es sich um Notvorräte oder Pflichtlager handelt)¹².

Wenn das kantonale Recht dennoch einige verbrauchbare Sachen als Pertinenzen aufzählt (vgl. Zürcher EG ZGB 136 I), so hat dies vor dem Bundesrecht keinen Bestand.

Ein Pertinenzverhältnis entsteht auch dann, wenn die Zugehör der Hauptsache nur teilweise oder mehreren Hauptsachen dient (z. B. private Landwirtschaftsmaschinen für mehrere, von einander rechtlich unabhängige Gutsbetriebe)¹³.

Ob ein Pertinenzverhältnis vorliegt, ist in jedem konkreten Fall neu zu untersuchen. Dies bietet in der Regel keine Schwierigkeiten, denn wo ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen zwei sich dienenden Sachen besteht, findet sich meist auch das äußere Verhältnis.

2. Subjektive Erfordernisse

Eine Sache kann nicht Zugehör sein, wenn nicht *alternativ* eine der beiden subjektiven Voraussetzungen — Ortsgebrauch oder klarer Wille des Eigentümers — zu den drei objektiven Voraussetzungen hinzutritt¹⁴. Ist eine der beiden subjektiven Voraussetzungen gegeben, so kann erst dann eine Sache Zugehör sein, wenn auch die drei objektiven Voraussetzungen erfüllt sind.

a) Ortsgebrauch

Der Ortsgebrauch ist wie beim Bestandteil ein weiterer gesetzlicher Ausfüllbegriff¹⁵. Durch ihn will der Gesetzgeber verhindern, daß eine Sache Zugehörqualität erhält, wenn ihr dies nach der überlieferten ortsüblichen Auffassung nicht zugekommen wäre. Damit erreicht der Gesetzgeber eine gewisse Elastizität. «Die Verweisung auf die Ortsüblichkeit will hier besagen, daß der Gesetzgeber dem Verkehr keine Sache als Zugehör aufzwingen will, die von einer eingewurzelten Verkehrsanschauung kategorisch abgelehnt wird. Denn die Zugehöreigenschaft einer Sache schafft eine Ausnahme von der Regel, daß sie als selbständiger Rechtsgegenstand in Be-

¹¹ Das Zürcher EG zählt den Dünger auf dem Hof in Art. 136 zu den Pertinenzen. Dem steht aber ZGB 645 deutlich entgegen. Vgl. dazu ZR 34 S. 52 ff. *Weiß*, Sammlungen Nr. 4369/70.

¹² Erl. II. S. 66.

¹³ *Haab*, ZGB 644/45 N 9; *Leemann*, ZGB 644/45 N 33/34; ZGBR 32 204 ff.

¹⁴ *Leemann*, ZGB 644/45 N 21/22; BGE 43 II 596.

¹⁵ Siehe vorn § 2 B 3; BGE 42 II 118; *Weiß*, Sammlungen Nr. 2076 S. 824.

tracht fällt, eine im Interesse des Verkehrs getroffene Ausnahme, welche aber nicht einzutreten hat, wenn die Verkehrssitte selbst sie ablehnt»¹⁶. Diese allein kann jedoch nicht einer Sache die rechtlichen Eigenschaften einer Zugehörqualität verleihen. Die objektiven Voraussetzungen aus ZGB 644/45 müssen ebenfalls erfüllt sein¹⁷.

Die Kantone haben daher in ihren EG zum ZGB Kataloge aufgestellt¹⁸, in denen sie die Gegenstände aufzählen, die sie als Pertinenzen betrachten. Die Verzeichnisse sind jedoch nicht erschöpfend. Auch andere Fahrnis kann Zugehör sein, sofern ein Ortsgebrauch vorliegt und die objektiven Voraussetzungen erfüllt sind¹⁹.

b) Wille des Eigentümers

Der klare Wille des Eigentümers ist die zweite alternative subjektive Voraussetzung. Der Inhalt dieses Willens ist darauf gerichtet, eine bewegliche Sache entgegen dem Ortsgebrauch, oder mangels eines solchen, dauernd mit einer Hauptsache so zu verbinden²⁰, daß die Sache rechtlich das Schicksal der Hauptsache teilen soll. Richtet sich der Wille nur auf die Dauer der Verbindung, so genügt dies allein noch nicht, wesentlicher ist es, daß der Wille des Eigentümers dahin geht, daß die bewegliche Sache so mit der Hauptsache verbunden sei, daß sie dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache folge. Das kann natürlich nicht heißen, daß der Eigentümer durch seinen Willen jeder Mobilie die Zugehöreigenschaft geben kann. Voraussetzung bildet auch hier die Erfüllung der objektiven Erfordernisse²¹. Der klare Wille des Eigentümers ist daher an die Grenzen des objektiven Rechts gebunden. — Gewillkürte Pertinenzen im engeren Sinne kennt das ZGB nicht²².

Eine besondere Form der Willenskundgebung ist von Gesetzes wegen nicht vorgeschrieben. Diese kann sich aus den Umständen ableiten lassen oder ausdrücklich erfolgen, sie hat nur unzweideutig für jeden Dritten erkennbar zu sein²³. Das wirksamste Mittel zur Kundbarmachung des Willens des Eigentümers ist die Anmerkung im Grund-

¹⁶ *Pfenninger*, S. 134; vgl. BGE 4 II 115 ff.; ZBJV 60, S. 557 ff.; ZR 21, 53; ZBGR 6, S. 312 ff, 32 S. 223, 199 ff.

¹⁷ *Leemann*, ZGB 644/45 N 22; *Praxis* 5 S. 222; ZR 34 S. 52 ff.; ZBGR 6 S. 312.

¹⁸ Vgl. EG ZGB der Kantone Appenzell-Außerrhoden EG 90 II/91 II, Appenzell-Innerrhoden EG 86 II/87 II, III, Baselland EG 78, Bern EG 75, Freiburg EG 200, Genf EG 56, Glarus EG 121, Graubünden EG 101, Neuenburg EG 62, Schwyz EG 142, Solothurn EG 245, Nidwalden EG 73, Uri EG 78 II*79, Wallis EG 167/68, Zug EG 92/93, Zürich EG 136.

¹⁹ SJZ 7 S. 231. Vgl. vorn S. 15.

²⁰ BGE 42 II 119/20.

²¹ *Haab*, ZGB 644/45 N 12.

²² *Wäber*, S. 123 ff.; *Rossel et Mentha*, III S. 307; *Haab*, ZGB 644/45 N 12 S. 93.

²³ BGE 45 II 185, 42 II 119 ff.; *Weiß*, Sammlungen Nr. 2086—90.

buch (ZGB 805 II, 946 II, GBVo. 73); sie besitzt jedoch nur deklaratorischen und nicht konstitutiven Charakter. Die Anmerkung im Grundbuch hat hauptsächlich prozessuale Bedeutung, indem derjenige, der aus der Pertinenzqualität Rechte für sich ableitet, lediglich den Eintrag im Grundbuch zu beweisen hat; der andere jedoch, der die Zugehörqualität bestreitet, muß das Nichtvorhandensein einer solchen beweisen ²⁴ (ZGB 9).

Die Widmungsbefugnis steht dem Eigentümer zu. Da aber die Zugehör nicht den gleichen Eigentümer wie die Hauptsache haben muß, so kann Eigenbesitz allein schon zu dieser Widmung berechtigen ²⁵. Auch Dritte (Mieter, Pächter usw.) sind befugt, das Pertinenzverhältnis herzustellen. Nur muß dann genau geprüft werden, ob die pertinenzierten Gegenstände nicht rein persönlichen Zwecken dienen, daher dieser Qualität nicht teilhaftig werden können ²⁶.

²⁴ *Leemann*, ZGB 644/45 N 49, 805 N 58 und 61 ff.; BGE 54 II 118, 43 II 599; SJZ 17 S. 204 Nr. 37.

²⁵ BGE 43 II 163/64; *Wäber*, S. 134 ff.; *Haab*, ZGB 644/45 N 17; SJZ 13 S. 250 Nr. 59.

²⁶ *Leemann*, ZGB 644/45 N 44; *Krayer*, S. 14; SJZ 13 S. 250 Nr. 59.

Die Gegenüberstellung von Zugehör und Bestandteil

In dem nun folgenden speziellen Teil werden die beiden im ersten Kapitel skizzierten Begriffe von Zugehör und Bestandteil näher umschrieben, indem sie einander gegenübergestellt werden. Dabei scheint es mir wichtig, daß ich dies wiederum nach den drei objektiven Merkmalen¹ dieser beiden Institute vornehme.

1. nach der äußeren Verbindung oder nach dem räumlichen Gesichtspunkt.
2. nach der inneren Verbindung oder dem wirtschaftlichen und sachlichen Gesichtspunkt.
3. nach dem rechtlichen Gesichtspunkt.

Dadurch ist die bestmögliche Gegenüberstellung der beiden Begriffe gewährleistet.

§ 4

Die Gegenüberstellung von Zugehör und Bestandteil nach räumlichen Gesichtspunkten

A. In § 2 B 1 und § 3 B b wurde festgestellt, daß zwischen der Hauptsache und dem Bestandteil bzw. zwischen Hauptsache und Pertinenz ein gewisses äußeres oder räumliches Verhältnis bestehen muß. Das ZGB sagt zwar direkt nichts von diesem Verhältnis, doch kann es leicht aus dem Wesen der Begriffe abgeleitet werden. Mit Recht hat der Gesetzgeber auf eine Definition dieser äußeren Beziehung verzichtet, um Raum für eine der Wirtschaft und dem Ortsgebrauch angepaßte extensive Auslegung zu lassen.

B. 1. Aus dem Sinn des Gesetzestextes geht lediglich hervor, daß zwischen Hauptsache und Bestandteil ein eher engeres Verhältnis bestehen muß, als zwischen Hauptsache und Zugehör. ZGB 642 bestimmt, daß ein Bestandteil mit der Hauptsache so verbunden sein muß, daß bei einer Entfernung desselben eine Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung der Hauptsache eintritt^{1a}. Auf eine nähere Umschreibung der Art der Verbindung verzichtet das Gesetz.

¹ Siehe §§ 2 A und 3 A.

^{1a} BGE 64 II 85; vgl. auch 43 II 162/63.

Demgegenüber haben die Kantone in ihren EG den Begriff der räumlichen Verbindung näher umschrieben. Appenzell-Außerrhoden EG 90 I verlangt, daß als Bestandteil anzusehen sei, «was mit demselben niet- und nagelfest verbunden ist und demselben ohne Beschädigung oder Veränderung nicht abgetrennt werden kann». In dieselbe Gruppe können wir Appenzell-Innerrhoden (EG 87 I), Baselland (EG 77 Ziff. b), Freiburg (EG 199 Ziff. 2), Glarus (EG 120 I), Graubünden (EG 100 II), Neuenburg (EG 62 I [Art. 8 Ziff. 3]), Schwyz (EG 141 Ziff. 2), Solothurn (EG 244 Ziff. 2), Nidwalden (EG 72 I), Uri (EG 78 I), Zug (EG 91 II) und Zürich (EG 135 I) einreihen. Sie alle verlangen, daß der Bestandteil niet- und nagelfest mit der Hauptsache verbunden sei. Alle angeführten Kantone besitzen einen Katalog von Sachen, die in ihrem Geltungsbereich als Bestandteile anzusehen sind. So zählen die meisten Kantone in die Wand eingelassene Spiegel, Schränke und Bilder, Statuen in besonders für sie hergerichteten Nischen, Stukkaturen und Wandmalereien oder Boiserien zu den Bestandteilen². Ebenso werden Triebwerke wie Turbinen, Wasserräder, Dampfmaschinen usw., Aufzüge, elektrische Leitungen, Kessel, Ventilationseinrichtungen, Röhrenleitungen und besonders Werke, zu denen das Gebäude erbaut wurde, z. B. Hammer- oder Trottwerke, Elektrizitätswerke, als Bestandteile angesehen. Alle diese als Beispiele angeführten Sachen haben eine intensive Verbindung mit der zu ihr gehörenden Hauptsache. Die Boiserien sind fest mit der Backsteinwand, die Turbinen und Dampfmaschinen fest mit dem für sie speziell hergestellten Gebäude verbunden. Die kantonalen Rechte^{2a} betrachten daher die intensive sachliche Verbindung als relevant, wobei sie es allerdings offen lassen, auf welche Art diese Verbindung hergestellt sein muß.

2. Die kantonalen Bestandteilkataloge sind nicht vollständig. Auch andere Dinge, die mit der Hauptsache in physischer Verbindung stehen, können Bestandteil sein. Nach ZGB ist es nicht notwendig, daß Bestandteile fest mit der Hauptsache verbunden sein müssen³. Lose, durch die Schwerkraft allein verbundene oder eingefügte und angepaßte Sachen können ebenso Bestandteil sein. Nicht die feste Verbindung ist das Kriterium einer räumlichen Verbindung von Hauptsache und Bestandteil, sondern daß die Aufhebung dieses Verhältnisses eine Zerstörung, Beschädigung oder Veränderung der Hauptsache nach sich zieht. Ziegel des Daches, Bretter eines Bodens, Lattenroste, Gitter, Türen, Schubladen einer Kommode oder eines Schrankes, sie alle sind ebenso Bestandteile, da ihre Wegnahme eine wesentliche Veränderung oder gar Zerstörung der Hauptsache herbeiführen kann.

² Vgl. BGE 43 II 163/64.

^{2a} Vgl. die Bedeutung, bzw. Nichtbedeutung der EG zum ZGB für den Ortsgebrauch vorn S. 15.

³ a. M. ZBGR 6 S. 329.

3. Zusammenfassend sei festgestellt, daß im allgemeinen bei der äußeren Beziehung des Bestandteilsverhältnisses nicht nur auf die Intensität der Verbindung abgestellt werden darf, sondern in erster Linie darauf, daß bei der Auflösung des Verhältnisses die Hauptsache in irgendeiner Weise Schaden leidet.

C. 1. Weit weniger wichtig scheint mir die räumliche Beziehung von Hauptsache und Zugehör, denn diese bildet nicht ein typisches Merkmal der Pertinenzqualität. Schon ZGB 644 II bestimmt ausdrücklich, daß die Pertinenz durch Verbindung, Anpassung oder auf andere Weise in die Beziehung zur Hauptsache gebracht werde. Auch ZGB 645 spricht nicht von einer räumlichen Beziehung, sondern nur vom sachlichen und wirtschaftlichen Verhältnis. Jedoch läßt sich leicht eine innere Verbindung aus dem Sinn der beiden Gesetzestexte herauslesen. So finden wir nirgends, daß das Gesetz, wie beim Bestandteilsverhältnis, bestimmt, daß bei der Wegnahme von Zugehör die Hauptsache zerstört, beschädigt oder verändert werden müßte. Weiter erklärt ZGB 644 III ausdrücklich, daß «eine vorübergehende Trennung von der Hauptsache ihr (der Zugehör) diese Eigenschaft nicht zu nehmen» vermag. Der Gesetzgeber hat also eine zeitweilige physische Trennung von Zugehör und Hauptsache vorgesehen.

Dies läßt darauf schließen, daß er an eine extensive Interpretation der äußeren Beziehung der Zugehör zur Hauptsache gedacht hat. Denn die Auflösung einer intensiven Verbindung, die eine physische Veränderung der Hauptsache nach sich ziehen würde, könnte bei einer häufigen Trennung der beiden Sachen nicht gegeben sein. So können wir mit Bestimmtheit annehmen, daß selbst die weitestgefaßte räumliche Beziehung (Verbindung «auf andere Weise») ein Pertinenzverhältnis entstehen lassen kann, sofern nicht andere Kriterien wie Ortsgebrauch, wirtschaftliche Verbindung (siehe folgende §§) dagegen sprechen. Das BG selbst hat in BGE 42 II 118 entschieden, daß «nach dem ZGB 644 II der räumliche Zusammenhang nicht nur bei Anpassung der Zugehör an die Hauptsache oder Verbindung der Zugehör mit der Hauptsache, sondern auch schon dann gegeben» sei, «wenn die Zugehör „auf andere Weise“ in die Beziehung zur Hauptsache gebracht wird ...»⁴. So ist es nicht die sichtbare äußere Verbindung, die die Pertinenzqualität kennzeichnet, sondern es ist vorwiegend die innere Beziehung, eine wirtschaftliche Bindung⁵. Die äußere Bindung braucht nur so geartet zu sein, daß die Pertinenz der Hauptsache zu dienen vermag. So kann die Zugehör sich innerhalb der Hauptsache selbst verschieben⁶ (Vorfenster), oder von ihr entfernt sein (Lastwagen einer

⁴ BGE 43 II 163, 54 II 117; SJZ 48, 208 Nr. 115; Erw. 4b.

⁵ ZR 10, 108; 17, 4; BGE 45 II 191.

⁶ BGE 43 II 659, 48 II 478.

Bau- oder Transportfirma, Lieferungswagen, Kesseleisenbahnwagen oder Lastkähne)⁷, immer muß sie aber durch ihre Bestimmung die innere Beziehung zur Hauptsache wahren.

2. In den kantonalen EG ZGB wird der Zugehörbegriff zum Teil ebenfalls umschrieben. Appenzell-Außerrhoden in EG 90 II/91 II, Appenzell-Innerrhoden in EG 86 II/87 II, Baselland in EG 78, Bern in EG 75, Freiburg in EG 200, Genf in EG 56, Glarus in EG 121, Graubünden in EG 101, Neuenburg in EG 62, Uri in EG 78 II/79, Solothurn in EG 245, Wallis in EG 168, Zug in EG 92/93, Zürich in EG 136, bestimmen, daß nach Ortsgebrauch bestimmte Sachen als Zugehör zu betrachten sind ^{7a}. Diese Sachen können es jedoch nur sein, wenn sie den bundesrechtlichen Normen entsprechen ^{7b}. In räumlicher Beziehung stellen diese kantonalen EG keine neuen oder präziseren Bestimmungen auf als das ZGB. Es geschieht dies in der vollen Absicht, durch eine, an keine engen Grenzen gebundene Auslegung der Pertinenzqualität dem wirtschaftlichen Verkehr, namentlich dem Kreditwesen, eine möglichst große Freiheit zu lassen.

D. Eine Abgrenzung von Zugehör und Bestandteil in räumlichem Sinne ist, nachdem wir beide gesondert behandelt und von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet haben, schwer. Im allgemeinen ist die räumliche Verbindung Hauptsache — Bestandteil enger als die Verbindung Hauptsache — Pertinenz. Eine scharfe Trennung läßt sich jedoch nicht durchführen ⁸, da bei beiden Begriffen eine lose wie feste physische Bindung zur Hauptsache in Frage kommen kann. Jedoch sind bei beiden räumlichen Beziehungen ihre inneren Motive, d. h. die inneren Bindungen so verschieden, daß nach den äußerlichen Gesichtspunkten nur in Verbindung mit den inneren auf Bestandteil- oder Zugehörverhältnis geschlossen werden kann.

⁷ Haab, ZGB 644/45 N 11.

^{7a} Ohne für ihr Gebiet den Zugehörbegriff näher zu umschreiben, verweisen die EG von Schwyz in Art. 142 I, Nidwalden in Art. 73, Wallis in Art. 167 lediglich auf ZGB 644/45.

^{7b} Vgl. die Bedeutung des «EG-Ortsgebrauches» vorn S. 15.

⁸ Vgl. die etwas unklare und unsichere Trennung in BGE 43 II 659.

§ 5

Die Gegenüberstellung von Zugehör und Bestandteil nach wirtschaftlichen und sachlichen Gesichtspunkten

Weit komplexer ist die Frage der Gegenüberstellung von Zugehör und Bestandteil nach den wirtschaftlichen und sachlichen Gesichtspunkten, denn in diesem Kriterium unterscheiden sich zur Hauptsache die beiden Begriffe. Wenn wir im räumlichen Verhältnis von Hauptsache und Zugehör, bzw. Bestandteil, keine feste Umschreibung vornehmen können, so nur deshalb, weil Zugehör und Bestandteil in ihrem Verhältnis zur Hauptsache von ihrer wirtschaftlichen und sachlichen Verbindung zu ihr abhängen. Je nach ihrem wirtschaftlichen Zusammenhang gestaltet sich das räumliche Verhältnis.

Zu dieser Erkenntnis gelangten erst die Juristen der neueren Zeit. Die *römische Rechtslehre* kannte in erster Linie den Bestandteilsbegriff, doch erstreckte er sich nur auf Sachen, die räumlich eng mit der Hauptsache in Verbindung standen. Alles andere war für sie eine selbständige Sache¹. Wohl bestand für die Römer eine Art Zugehörkatalog (*portio aedium*), doch enthielt er nur wirtschaftlich unwesentliche Gegenstände, so daß diese Zusammenstellung rechtlich irrelevant war. Zudem wurden der Bestandteils- und Zugehörbegriff durch beinahe die gleichen Kriterien umschrieben², so daß es nicht verwunderlich erscheinen kann, wenn im gemeinen Recht keine einheitliche und klare Begriffstrennung entstehen konnte. Der Bestandteilsbegriff wurde sozusagen unverändert aus dem römischen Rechte übernommen, dagegen versuchte das gemeine Recht den Pertinenzbegriff auszubauen und neu zu definieren.

Bis zu Beginn des 19. Jahrhunderts herrschte jedoch eine heillose Verwirrung. So definiert *Gesterding* z. B. die Zugehör als: «Sachen, die mit einer anderen in Verbindung stehen, und zwar in einer solchen, daß sie als zu einem Ganzen vereinigten Teile anzusehen sind. Da die Pertinenzen Akzessorien und Teile der Hauptsache sind, so nehmen sie teil am Schicksal der Hauptsache; ja es ist zwischen ihnen und solchen Teilen, die als wesentliche Teile das Ganze konstituieren, in der Sphäre des Rechtes kein Unterschied»³.

Daß diese Definition das uns heute Wesentliche nicht erfaßt, zeigt uns die Unsicherheit, mit der damals dieser Begriff gehandhabt wurde. So ist die Kritik Windscheids sicher berechtigt, wenn er schreibt: «Der Begriff ist wegen seiner Unbestimmtheit juristisch unbrauchbar»⁴.

¹ Sokolowski, S. 337.

² Sokolowski, S. 331 ff.

³ Gesterding, Neue und alte Rechtsirrtümer S. 307.

⁴ Windscheid, Pandekten S. 710.

Erst *Kohler* brachte durch seinen Aufsatz «Zur Lehre von den Pertinenzien»⁵ neue Gesichtspunkte, die zur Klarheit des Pertinenzbegriffes führten. Seine Ansicht zerstörte die alte Anschauung, daß sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen Pertinenzen sein können. *Kohler* erkannte klar, daß nur eine selbständige Moblie Zugehör sein kann⁶. Diese habe dauernd der Hauptsache zu dienen und folge ihrem rechtlichen Schicksal. — Damit war die Grundlage für den modernen Pertinenzbegriff geschaffen⁷.

Auch der schweizerische Pertinenzbegriff machte diese Wandlungen mit. Zugehör und Bestandteil waren in den kantonalen PG nach ihren äußeren und inneren Kriterien oft so vermengt, daß eine genaue juristische Trennung kaum möglich war. Ganz typische Merkmale der heutigen Bestandteilsqualität waren für die Pertinenz von damals wichtig. Eine wirtschaftliche Einheit von Zugehör und Hauptsache war noch nicht wesentlich, vielmehr war die sachliche Verbindung von Bedeutung.

Ausgesprochen deutlich kommt die Verworrenheit der beiden Begriffe im Berner Civilgesetzbuch vom 28. März 1827 zum Ausdruck. Satzung 344 lautet: «Eine Sache, die an und für sich besteht, heißt Hauptsache, und eine andere, die bloß als Nebenteil einer solchen in Betracht kommt, Zugehör.» Schnell umschreibt in seinem Kommentar zum bernischen CGB die Hauptsache und Zugehör nochmals⁸. «Im Verhältnisse zu andern Sachen heißt eine Sache Hauptsache (*res principalis*), wenn sie selbständig ist und nicht als Nebenteil einer andern in Betracht kommt; und Zugehör (*accessorium*), wenn sie einzig als Nebenteil einer andern Sache angesehen wird, die auch ohne sie bestehen könnte. Die Nebensachen folgen der Bestimmung der Hauptsachen, . . .» Demgegenüber steht der noch viel verwirrendere Begriff des Bestandteils. Satzung 333: «Diejenigen materiellen und formellen Bestandteile einer Sache, die sie zu einer Sache einer bestimmten Art machen, gehören zu ihrer Substanz.» Diese Satzung erläutert Schnell folgendermaßen⁹: «Jeder Sache liegt etwas Beharrliches, Notwendiges oder Wesentliches zu Grunde, das sie zu einer Sache einer bestimmten Art macht, und von dem Vorübergehenden oder Außerwesentlichen, das gewöhnlich oder nur zufällig mit Sachen dieser Art verbunden ist, unterschieden werden muß. Das, woraus eine Sache besteht, und die Gestaltung, welche sie haben muß, um eine Sache dieser bestimmten Art, z. B. ein Grundstück, ein Pferd, zu sein, gehört zu ihrer Substanz; da hingegen das andere, was wirklich an ihr vorhanden ist, z. B. die auf dem Grundstück stehenden Früchte, die Farbe des Pferdes, etc., was aber nichts dazu bei-

⁵ Jherings Jahrbuch, Bd. 26 S. 1 ff.

⁶ Vgl. SJZ 12 150 Nr. 109.

⁷ Vgl. auch *Windscheid*, Pandekten § 143 S. 708; *Göppert*, S. 58.

⁸ *Schnell*, Bd. 2 S. 17.

⁹ *Schnell*, Bd. 2 S. 6/7.

trägt, sie zu einer Sache dieser bestimmten Art zu machen, ... zu ihren Accidenzen oder Zufälligkeiten gehört.»

Sowohl aus den beiden Satzungen wie auch aus dem Kommentar geht die Unsicherheit im Gebrauch der beiden Begriffe hervor: Zugehör, Bestandteil und Nebensache werden durcheinander geworfen, ohne daß man sich ganz im klaren wäre, was sie eigentlich bedeuten (vgl. vor allem Satzung 345 Ziff. b).

Erst im EG zum ZGB sahen sich die Kantone gezwungen, für sich eine bessere Unterscheidung von Zugehör und Bestandteil vorzunehmen. Sie ließen die sachliche Einheit von Pertinenz und Hauptsache ganz fallen und hoben nur noch die Bindung wirtschaftlicher Natur hervor, dagegen wurde die sachliche Verbundenheit des Bestandteils beibehalten. Der Grund dieser Wandlung war die wirtschaftliche Entwicklung, besonders die des Kreditwesens¹⁰. Das Bedürfnis nach vermehrter Sicherheit im Kreditverkehr rief nach einem Ausbau des Pertinenzbegriffes, der heute nun Gegenstände einschließt, die für die heutige Wirtschaft von Wichtigkeit sind, und die ihr vorher mangels einer guten Begriffsbildung entzogen waren.

A. So ist die wirtschaftliche Einheit zwischen Hauptsache und Zugehör dem Pertinenzbegriff zu Grunde gelegt, im Gegensatz zur sachlichen Einheit im Bestandteilsbegriff^{10a}, diesem wichtigen Kriterium, das sich von der römischen Rechtslehre bis in unsere Zeit sozusagen unverändert erhalten hat. Dies wird klar durch die Gesetzestexte hervorgehoben. ZGB 644 bezeichnet als Zugehör, was «der Hauptsache dauernd für deren Bewirtschaftung, Benutzung oder Verwahrung» dient. Negativ in ZGB 645: «Zugehör sind niemals solche bewegliche Sachen, die ... zu der Eigenart der Hauptsache in keiner Beziehung stehen ...» Die sachliche Einheit des Bestandteils mit der Hauptsache wird hervorgehoben in ZGB 642 II durch die intensive räumliche Verbindung.

1. Die Zugehör hat demnach der Hauptsache in wirtschaftlicher Hinsicht zu dienen. Wie diese Beziehung beschaffen sein soll, hängt von der Art der Hauptsache ab. Der Gesetzgeber hat eine weite Auslegung vorgesehen. So dachte er nicht nur an eine Bewirtschaftung im eigentlichen Sinne, sondern an jede Verbundenheit, in der ein dienendes Moment zum Ausdruck kommt. Daher können auch rein religiöse oder ideelle Zwecke ein «wirtschaftliches» Verhältnis schaffen¹¹. Das Gesetz will, daß die Zugehör in irgendeiner Weise der Hauptsache dient, und zwar so, daß die Hauptsache im wirtschaftlichen Leben im allgemeinen ihre Aufgabe erfüllen kann. Eine Sache kann daher nicht Zugehör sein, wenn sie wohl mit

¹⁰ Vgl. BGE 43 II 162/163.

^{10a} Weiß, Sammlungen Nr. 2080.

¹¹ Oertmann, Kommentar BGB S. 294.

der Hauptsache in Verbindung gebracht worden ist, ihr aber nicht dient^{11a}. Der Wille des Eigentümers der Hauptsache muß darauf gerichtet sein, die Pertinenz so an die Hauptsache zu binden, daß sie den ihr gegebenen Zweck im Wirtschaftsleben erfüllt.

2. So ist meines Erachtens die Ansicht von Hölder nicht richtig, wenn er behauptet, daß eine Sache dann nicht Pertinenzqualität haben kann, wenn sie nicht ausschließlich nur einer bestimmten Hauptsache diene, sondern sich auch für andere Hauptsachen verwenden ließe¹². Die meisten Zubehörden werden sich für verschiedene Hauptsachen verwenden lassen, so daß der Pertinenzbegriff zu stark eingeschränkt würde¹³. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein Behältnis nicht Pertinenz einer Sache sein kann, wenn sie auch einer anderen Sache ihre Dienste leisten kann.

3. Die weite Auslegung des Zugehörbegriffes gestattet sogar dann ein Pertinenzverhältnis anzunehmen, wenn die Zugehör nicht der ganzen Hauptsache, sondern nur einem Teil derselben dient. Die Begründung muß darin gesucht werden, daß es nicht wesentlich ist, daß die ganze Hauptsache mit der Zugehör verbunden sei, sondern, daß die ganze Zugehör der Hauptsache diene. Ob sie nun nur einem Teil oder der ganzen ihr übergeordneten Sache unterstellt ist, ist nicht von Bedeutung, wenn nur die Pertinenz sich ganz in den Dienst der Hauptsache stellt¹⁴.

4. Wenn eine Pertinenz nicht der ganzen Hauptsache zu dienen braucht, es daher genügt, wenn sie einem Teil derselben untergeordnet ist, ist es dann möglich, daß auch ein Zugehörverhältnis entstehen kann, wenn eine Sache zu zwei oder mehreren Hauptsachen in einem subordinierten Verhältnis steht? Dies ist durchaus denkbar. Die Begründung liegt darin, daß eine Sache zweifellos imstande ist, sich ganz in den Dienst zweier oder mehrerer Hauptsachen zu stellen. Eine Dreschmaschine dient nicht nur zu einem Viertel einem Bauernbetrieb, wenn sie noch drei anderen zugeteilt ist, sondern sie dient ihm als ganze Dreschmaschine. Es liegt daher kein Grund vor, ein Pertinenzverhältnis zu mehreren Hauptsachen ab-

^{11a} SJZ 48, 307 Nr. 115; Erw. 3c.

¹² Hölder, Kommentar BGB S. 219.

¹³ Staudinger, S. 453; Oertmann, S. 276/292; Haab, ZGB 64/45 N 9; Weiß, Sammlungen Nr. 2081.

¹⁴ Oertmann, Allgemeiner Teil S. 292 unten. Ein Beispiel: In einem Haus ist im untersten Stockwerk eine kleinere Werkstatt eingerichtet. Diese Werkstatt, d. h. ihre Maschinen, dienen zwar nur einem Teil des Hauses, nämlich dem Parterre, sie bilden aber dennoch eine Zugehör des ganzen Hauses. Durch das Einrichten einer Werkstatt im Gebäude nimmt dieses an wirtschaftlichem Werte zu, da die Maschinen nun Zugehör des Hauses sind und im Kreditwesen als Sicherheit mitverpfändet werden können. Zwar stehen die Maschinen nur in einem Stockwerk, doch wäre es unrichtig, ein Zugehörverhältnis zum ganzen Haus zu leugnen.

zulehnen¹⁵. Ob die Pertinenz der ganzen Hauptsache, nur einem Teil davon oder gar mehreren dient, ist nicht von Bedeutung, wesentlich ist nur, daß die Zugehör immer ganz im Dienste der ihr übergeordneten Sache steht.

5. Die extensive Auslegung führt nicht zu weit, wenn behauptet wird, daß auch dann schon ein Pertinenzverhältnis vorliegt, wenn die Zugehör noch gar nicht mit der Hauptsache in Verbindung steht, aber eine solche Verbindung in Aussicht genommen ist (*Ersatzstücke*). Ein Motor, der als Ersatz für einen anderen vorgesehen ist, bildet schon ein Zugehörstück.

Die Begründung dieser Auffassung liegt darin, daß der Wille des Eigentümers der Hauptsache die Ersatzstücke zu Pertinenzen macht. Der Wille, diese dauernd, im gegebenen Zeitpunkte, in Beziehung zur Hauptsache zu bringen, verschafft ihnen Zugehörqualität. Allerdings müssen diese Ersatzstücke sich im Eigentum des Eigentümers der Hauptsache befinden, da sie sonst als «verarbeitete Rohstoffe, von vornherein nur vorübergehend in Verbindung»¹⁶ mit der Hauptsache, zu betrachten sind, also noch selbständige Mobilien bilden.

Demgegenüber ist aber festzuhalten, daß die Ersatzstücke nicht unter die Vorräte oder verbrauchbaren Materialien fallen, die nach schweizerischem Recht niemals — wohl aber nach deutschem (BGB 97) — Zugehörqualität besitzen können. Das deutsche Recht vertritt den Standpunkt, daß verbrauchbare Sachen, solange sie mit der Hauptsache verbunden sind, Zugehör bilden, weil sie in einem wirtschaftlichen Verhältnis zu dieser stehen¹⁷. Dieser Standpunkt wird dadurch verdeutlicht, daß BGB 98 Ziff. 2 verbrauchbare Dinge aufzählt, die Zugehöreigenschaft besitzen. Das deutsche Recht stellt hier nur auf den wirtschaftlichen Zusammenhang ab, nicht aber auf die Dauer dieser Bindung. Allerdings will Rosenthal¹⁸ nur dann die in Ziff. 2 genannten Dinge als Pertinenzen betrachtet wissen, wenn die Voraussetzungen von BGB 97 vorliegen. Demnach wären aber alle verbrauchbaren Sachen nicht der Pertinenzqualität fähig, da nach BGB 97 II «vorübergehende Benutzung» einer Sache (auch der Verbrauch ist als eine solche anzusehen) kein Zugehörverhältnis begründet.

Einen andern Standpunkt nimmt das ZGB ein. Art. 645 bestimmt, daß niemals Sachen Zugehör sein können, «die nur zum vorübergehenden Gebrauche oder zum Verbrauch dienen». Sachen, die in solcher Weise mit der Hauptsache in Verbindung gebracht werden, können niemals Zugehör sein, weil ihnen das Moment der «*dauernden*» Verbindung mit der

¹⁵ Vgl. *Wipfheimer*, S. 84; a. M. ZBGR 32, 204.

¹⁶ *Oertmann*, § 97 2 β BGB.

¹⁷ *Oertmann*, N 2i α zu BGB § 97 S. 295 ff.

¹⁸ *Rosenthal*, § 98 Anm. 26.

Hauptsache fehlt. Lebensmittelvorräte, Dünger usw. sind da, um gebraucht zu werden, sie werden angeschafft als Verbrauchsartikel und auch als solche betrachtet. Selbst dann, wenn es sich um Notvorräte handelt, die während einer längeren Periode aufgestapelt werden, können diese nicht als Pertinenzen betrachtet werden¹⁹. Die «Dauer» einer Verbindung bemißt sich nicht nach der Zeitspanne, in der die Zugehör mit der Hauptsache körperlich verbunden ist, sondern in der sie ihr nach dem Willen des Eigentümers der Hauptsache wirtschaftlich dienen sollte.

Eine Maschine kann nur wenige Tage Zugehör einer Fabrik sein, wenn eine vorzeitige Trennung von der Hauptsache sich als nötig erweist (Nichteignung, Fehlkonstruktion). Trotzdem kann ihr die Pertinenzqualität während dieser Zeit nicht abgesprochen werden, da der Fabrikeigentümer sie für lange Zeit mit der Fabrik verbunden haben wollte.

B. Die wirtschaftliche Verbindung spielt bei dem Verhältnis Bestandteileil — Hauptsache keine erhebliche Rolle. Hier ist die sachliche Einheit ausschlaggebend. Aber gerade ihre Umschreibung war es, die der Wissenschaft erhebliche Schwierigkeiten bereitete²⁰. Die deutschen Gerichte vor allem ließen sich bei der Auseinandersetzung mit dem Bestandteilsbegriff auf Nebengeleise führen. Durch die Trennung des Bestandteils in wesentliche und unwesentliche wurde die Verwirrung gesteigert, besonders weil man glaubte, diese Begriffe vom wirtschaftlichen Standpunkte aus betrachten zu können²¹. So wurde nach der Intensität der Verbindung gefragt, nach dem Ortsgebrauch u. a. m., nicht aber nach der eigentlichen sachlichen Einheit. Die enge Betrachtungsweise der deutschen Gerichte und die dadurch bedingte Verkümmernng im Ausbau des Bestandteilsbegriffs wurde ein Hindernis für die wirtschaftliche Entfaltung der Industrie.

1. Anders war die Entwicklung in der Schweiz. Das ZGB postuliert in Art. 642 klar eine sachliche Einheit von Hauptsache und Bestandteil, die dahin ausgelegt werden muß, daß nicht eine intensive Verbindung (niet-, nut- und nagelfest) allein maßgebend ist, sondern daß der Bestandteil der Hauptsache «nicht wesensfremd»²² sein darf. Einzig dieses Kriterium entscheidet in der inneren Verbindung zwischen Hauptsache und Bestandteil.

2. Am Beispiel, ob eine Maschine Bestandteil oder Zugehör sei, soll das eben Gesagte veranschaulicht werden. Die heutige Rechtsauffassung geht dahin, daß eine Maschine nur dann Bestandteil sein kann, wenn sie zur Vervollständigung des Gebäudes eingerichtet wurde, oder derart mit ihm verbunden ist, daß das Gebäude bei Entfernung der Maschine in

¹⁹ ZR 34, 19; a. M. ZBGR 6 S. 331 ff.

²⁰ Vgl. Krückmann, die abgedruckten RG, insbesondere aber S. 23 ff.

²¹ Vgl. die Entscheide 4, 6, 7, 11, 12, 14, 17—19, 24, 26—30, 32, 34, 35 bei Krückmann.

²² Haab, ZGB 642 N 13; Leemann, ZGB 642 N 14.

seinem ganzen Wesen verändert würde²³ (wenn man z. B. die Turbinen eines Elektrizitätswerkes entfernt, würde das Gebäude gänzlich seiner Bestimmung entfremdet).

Diese Anschauung herrscht noch nicht seit langer Zeit. Die früheren Gerichtsurteile haben sich vor allem mit der Intensität der Verbindung Maschine—Fabrikgebäude befaßt. Für sie war eine Maschine, die durch Betonsockel fest mit dem Gebäude verbunden war, wesentlicher Bestandteil. Die Argumentation lautete: «... es handelte sich damals nicht um die Feststellung der Bestandteilseigenschaft nach BGB 93, für die es darauf ankommt, daß eine Sache nicht in ihrer Wesenheit zerstört werden darf, sondern um die Entscheidung darüber, ob eine Sache dadurch, daß sie mit dem Grund und Boden fest verbunden war, nach BGB 94 I Bestandteil des Grundstückes geworden war»²⁴. Welche Auswirkungen solche Anschauungen hatten, läßt sich leicht erkennen, wenn man bedenkt, daß dadurch ein EV an Maschinen unmöglich und das Hypothekarwesen sehr eingeschränkt wurde. Die schweizerischen Gerichte haben von allem Anfang an das Unwesentliche von den wesentlichen Kriterien geschieden. So erklärt das zürcherische Obergericht²⁵: «Es ist offensichtlich, daß eine solche Unterlage (Beton) nicht zum Zwecke erstellt wurde, um dadurch den Motor mit dem Gebäude in feste Verbindung zu bringen, sondern ... zur Befestigung des Motors diene, und diese Befestigung des Motors ist zur Verhinderung der infolge der Rotation der Achse auftretenden Eigenbewegung derselben notwendig.» Das Gericht erachtet eine Maschine mit intensiver Betonverbindung nicht als Bestandteil. Die schweizerische Praxis hat demnach nicht auf die Intensität der sachlichen Verbindung abgestellt, sondern ist durch extensive Auslegung den wirtschaftlichen Forderungen entgegengekommen. Dadurch konnten sich auf schweizerischem Gebiet das Institut des Bestandteils und das der Zugehör voll und günstig entfalten.

So hat meines Erachtens *Wieland*²⁶ unrecht, wenn er den Bestandteilsbegriff noch von anderen, rein nebensächlichen Kriterien abhängig macht, die sehr einschränkend auf den Begriff und daher — wie bei der deutschen Praxis — nachteilig auf die Wirtschaft wirken. M. E. darf nicht nur als Bestandteil betrachtet werden, «was man nicht anders als mit der Hauptsache zu bekommen pflegt»²⁷. Da heute sozusagen alle Sachteile einzeln und nicht nur mit der Hauptsache zusammen erhältlich sind (z. B. Motorenersatzteile usw.), müßten die meisten ihre Bestandteilsqualität verlieren. Weiter betrachtet *Wieland* als Bestandteil nur Sachteile, die schwer

²³ *Leemann*, ZGB 642 N 23; ZBGR 6 S. 306; *Weiß*, Sammlungen Nr. 2072; nur z. T. richtig ZBGR 6 S. 329.

²⁴ *Krückmann*, S. 3 Nr. 4.

²⁵ ZR 11, 104; so auch ZR 13, 171; ZBJV 52 S. 231, 60 S. 557.

²⁶ *Wieland*, Kommentar ZGB 642 4c.

²⁷ *Tobias*, S. 378/94.

ersetzbar und von der Hauptsache nicht leicht zu trennen sind. Er führt als Beispiel die Räder eines Wagens an. Daß eine juristische Definition von einem variablen Wirtschaftsfaktor, wie dem des Angebots und der Nachfrage, abhängen soll, scheint keineswegs einleuchtend. Diese Betrachtungsweise fördert auf keine Weise die Rechtssicherheit, da der Begriff immer den Schwankungen der Wirtschaft unterworfen wäre. Aus diesem Grund ist eine enge Auslegung des Bestandteilbegriffes abzulehnen²⁸.

Im Gegenteil ist das «nicht wesensfremd sein» des Bestandteils zur Hauptsache möglichst weit auszulegen. So soll es nicht allein notwendig sein, daß nur Sachen Bestandteil einer anderen werden können, die «zu deren Herstellung und Vollendung dienen, so daß die Sache . . . ohne den Teil unfertig, unvollständig erscheinen würde»²⁹. Auch solche Dinge sind Bestandteile, die eine Hauptsache fördern, d. h. sie wirtschaftlich wertvoller machen. Eine Zentralheizung muß nicht jedes Haus besitzen, besonders wenn es in südlichen Gegenden steht³⁰, doch wenn es mit einer solchen versehen ist, so wird diese Bestandteil des Hauses, erhöht dadurch den Wert desselben und fördert dieses wirtschaftlich.

2. Gleich wie bei der Pertinenz ist eine *dauernde* innere Verbindung notwendig. Das Gesetz sagt allerdings nichts darüber aus, doch ist das Bestandteilsinstitut ebenfalls aus wirtschaftlichen Erwägungen und Bedürfnissen entstanden, so daß ein dauerndes Verhältnis angenommen werden muß³¹. Es ergibt sich daraus, daß Sachen, die nur vorübergehend einer Hauptsache dienen, nicht Bestandteile derselben werden können³². So sind alle gemieteten und gepachteten Gegenstände keine Bestandteile, mögen sie auch noch so intensiv durch eine äußere wie innere Beziehung mit der Hauptsache verbunden sein. Denn Miete ermöglicht nur zeitlich begrenzten Besitz. Somit gilt auch hier die Absicht des Eigentümers der Hauptsache, den Bestandteil mit dieser auf unbestimmte Zeit zu verbinden und nicht gleich wieder zu trennen³³.

3. Dies ist besonders wichtig bei Gebäuden. ZGB 677 bestimmt, daß Fahrnisbauten, «wenn sie ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind, ihren besonderen Eigentümer behalten» (ZGB 677 I). Für solche Bauten verneint das Gesetz die Bestandteilsqualität. Selbst Gebäude, die mit dem Boden eng verbunden sind (durch Betonboden oder Fundament), aber nur für vorübergehende Zwecke errichtet wurden (z. B. Ausstellungshallen, Barackenlager für Militär oder Flüchtlinge), erlangen die Bestandteilsqualität nicht. Das gilt jedoch nicht nur

²⁸ Vgl. *Leemann*, ZGB 642 N 15, und *Oertmann*, S. 453.

²⁹ *Leemann*, ZGB 642 N 14.

³⁰ BGE 40 II 113, 44 II 392; vgl. *Krückmann*, die Entscheide 1, 8.

³¹ anders BGB 95.

³² BGE 44 II 392; ZBJV 58 S. 72.

³³ *Schlumberger*, S. 32, *Haab*, ZGB 642 N 15; *Tobias*, S. 309; *Hirschland*, S. 15.

für Fahrnisbauten, sondern generell für alle mit dem Erdboden nur vorübergehend verbundenen Sachen ³⁴ (ZGB 674). Sobald aber diese (Hütte, Baracke, Brunnentrog u. a. m.) dauernd auf dem Grundstück verbleiben sollen, so werden sie Bestandteil desselben, da der provisorische Charakter der Verbindung dahinfällt ³⁵.

So braucht es, um einer Sache Bestandteilsqualität zu verleihen, nicht nur eine innere oder sachliche Verbindung, vielmehr hat die Bindung auch dauernd zu sein.

4. Auch Pflanzen und Früchte sind Bestandteile eines Grundstückes, solange sie auf demselben verbleiben. Die kantonalen EG zum ZGB haben dies für ihr Gebiet zum Teil nochmals festgelegt. (So in EG Appenzell-Außerrhoden Art. 90 I, Appenzell-Innerrhoden Art. 86 I, Baselland Art. 77 Ziff. a, Schwyz Art. 141 Ziff. 1, Nidwalden Art. 71, Zug Art. 91 I.) Sie stützen sich auf ZGB 643 III: «Bis zur Trennung sind die natürlichen Früchte Bestandteil der Sache». Bestandteil werden die Pflanzen mit ihrer Einpflanzung oder mit dem Schlagen von Wurzeln. Eine Aussaat genügt allein noch nicht ³⁶. Allerdings kann auch hier die Bestandteileigenschaft nicht entstehen, wenn der Eigentümer der Pflanze oder des Samens diese nicht für bleibend gepflanzt haben sollte. So werden die Pflanzen eines Treibhauses oder Ziehbeetes nicht Bestandteil, sondern — analog den Bauten — Fahrnispflanzen (ZGB 678).

C. «Rechtssätze sind dazu da, um wirtschaftliche Erwägungen zum Ausdruck zu bringen» ³⁷.

Dieser Grundsatz sei leitend, wenn eine *Abgrenzung zwischen Zugehör und Bestandteil in wirtschaftlicher und sachlicher Hinsicht* vorgenommen wird. Nichts wäre für die Rechtsentwicklung fataler, als Rechtssätze zu erlassen und sie auszulegen, ohne die wirtschaftlichen Bedürfnisse zu beachten. Daher müssen wir uns, wenn wir die Pertinenz gegen den Bestandteil abgrenzen wollen, in erster Linie von wirtschaftlichen Erwägungen leiten lassen. Die rein formal-rechtlichen sollen erst nachher berücksichtigt werden.

1. Wann liegt nun ein Bestandteil, wann eine Pertinenz vor? Diese Frage allein nur vom wirtschaftlichen Standpunkt zu beurteilen, ist sehr schwer. Denn eine solche Feststellung kann nur nach der Untersuchung des jeweiligen konkreten Verhältnisses erfolgen. Wie sehr es abwegig ist, Tatbestände durch zu eng gefaßte Grundbegriffe rechtlich zu bestimmen, sahen wir am Beispiel der Maschinen. Dort aber, wo eine freie Interpretation verlangt wird, ist es auch schwer, eine scharfe Grenze zu ziehen.

³⁴ Leemann, ZGB 674 N 11.

³⁵ Leemann, ZGB 677 N 1.

³⁶ RG 51, 80 ff.

³⁷ Krückmann, S. 36.

Es ist daher nicht ganz richtig, wenn behauptet wird, daß Zugehörqualität nur dann vorhanden sei, wenn eine wirtschaftliche Einheit festzustellen ist; und daß von Bestandteilsqualität nur dann gesprochen werden könne, wenn eine sachliche Einheit nachzuweisen sei. Es sind dies die Normalfälle. Zugehör kann auch physisch fest mit der Hauptsache verbunden sein (sachliche Einheit), andererseits können auch wirtschaftliche Erwägungen verlangen, daß ein Bestandteil mit einer Hauptsache verbunden wird (wirtschaftliche Einheit). Und dennoch läßt sich in den meisten Fällen die Zugehör- von der Bestandteilsqualität unterscheiden. Abgesehen vom Ortsgebrauch oder Willen des Eigentümers, die natürlich bei einer Feststellung von Bedeutung sind, kann sozusagen immer auf die wirtschaftlichen Interessen abgestellt werden.

2. Wie äußern sich nun diese Interessen, wie ist aus ihnen das Bestandteils- oder Zugehörverhältnis ersichtlich? Wenn eine Sache mit einer andern so verbunden werden soll, daß sie rechtlich oder wirtschaftlich ihre Selbständigkeit verliert, so muß das ökonomische Interesse des einen Sacheigentümers das größere sein, damit er das Interesse des andern überwinden kann³⁸. Genau gleich muß es sich beim wirtschaftlichen Interesse des Hauptsacheneigentümers verhalten, sein Interesse muß die Interessen des Bestandteils- oder des Zugehöreigentümers überragen. Nun kann aber der Bestandteils- oder der Pertinenz Eigentümer für seine Sache ebenfalls große Interessen geltend machen, namentlich dann, wenn es sich um sehr wertvolle Stücke handelt, an denen sogar noch EV geltend gemacht wird. In diesem Falle ist das Interesse des Hauptsacheneigentümers sicher das schwächere. Daß solche wertvollen Stücke nicht ohne zwingenden Grund ihrer selbständigen Existenz beraubt werden sollen, scheint einleuchtend genug zu sein. Daher werden es die wirtschaftlichen Interessen fordern, daß überall da, wo die Frage aufgeworfen wird, ob Zugehör- oder Bestandteilsqualität einer Sache vorliegt, in erster Linie nach dem größeren Interesse der beiden Eigentümer gefragt wird. Ueberwiegt das Interesse des Hauptsacheneigentümers, so ist ein Bestandteilsverhältnis anzunehmen, überwiegt jedoch das Interesse des Eigentümers der subordinierten Sache, so muß auf Pertinenzqualität erkannt werden.

3. Die Bestandteils- und Zugehörqualität hängt aber noch von anderen Voraussetzungen mehr rechtlicher Art ab, so daß, wenn auch auf wirtschaftlicher Basis über die Art der Bindung einer Sache zu einer Hauptsache entschieden werden konnte, man prüfen muß, ob auch die rechtlichen Erfordernisse hierfür erfüllt sind. Diese vielleicht etwas konstruierte Abgrenzung entspricht der heutigen wirtschaftlichen Praxis. Durch die Interessenabwägung kann den Bedürfnissen nach Sicherheit im Verkehr, namentlich bei EV und Pfandrechten, nachgekommen werden.

³⁸ Vgl. Krückmann, S. 36 ff.; Haab, ZGB 642 N 2—4; ZGB 644/45 N 1.

§ 6 Die Gegenüberstellung von Zugehör und Bestandteil nach rechtlichen Gesichtspunkten

Nach den bisherigen Ausführungen über das räumliche und wirtschaftliche Verhältnis von Zugehör und Bestandteil drängt sich die Betrachtung der rechtlichen Wirkungen dieser beiden Bindungen auf. Eine eigentliche Gegenüberstellung kann zwar hier nicht erfolgen, sind doch die rechtlichen Auswirkungen der beiden Institute zu verschieden. Ich will daher im folgenden Kapitel die Wirkungen der Pertinenz- und Bestandteilsqualität allein untersuchen, ohne eine Abgrenzung derselben vorzunehmen.

Allgemeine Wirkungen

Die rechtlichen Wirkungen beginnen mit Eintritt der subordinierten Sache in den Dienst der Hauptsache und enden bei ihrer Entlassung.

Entstehung und Endigung der beiden Qualitäten beruhen auf reinen Tathandlungen und sind keine Rechtsgeschäfte, «denn die Rechtswirkung ist hier . . . die Folge eines durch menschlichen Willen herbeigeführten Vorganges in der Außenwelt»¹.

A. Das Bestandteilsverhältnis beginnt immer, wenn alle rechtlichen Voraussetzungen (äußere und innere Beziehung, Ortsgebrauch) erfüllt sind, gleichviel, ob der Eigentümer des Bestandteils dies wollte oder nicht. Die Wirkung erfolgt daher ipso iure. Das wesentliche rechtliche Merkmal der Bestandteilseigenschaft ist die vollständige Einheit in rechtlicher Beziehung mit der Hauptsache. Der Bestandteil hört mit dem Moment der Verbindung auf eine selbständige Sache zu sein: er geht rechtlich völlig in der Hauptsache auf. Die Bestandteilsqualität bleibt bestehen, solange die Voraussetzungen aus ZGB 642 II gegeben sind. Sie endigt erst, wenn diese dahinfallen.

B. Der Beginn und die Endigung des Pertinenzverhältnisses ist an die gleichen Voraussetzungen gebunden. Immer dann, wenn die objektiven Voraussetzungen erfüllt sind, entsteht es; fallen diese aber dahin, hört eine Sache auf, Zugehörqualität zu besitzen. Zu diesen objektiven Voraussetzungen muß aber noch alternativ eine der beiden subjektiven Erfordernisse hinzukommen. Erst der Parteiwille oder der Ortsgebrauch vermögen einer Sache die Pertinenzeigenschaft zu verschaffen, vorausgesetzt, daß die objektiven Bestimmungen erfüllt sind².

¹ Haab, ZGB 644/45 N 16; a. M. Kohler, S. 74 ff. VII.

² BGE 43 II 164.

Die allgemeinen rechtlichen Wirkungen des Pertinenzverhältnisses sind:

1. Durch die Pertinenzqualität verliert die Zugehör ihre rechtliche Selbstständigkeit nicht. Sie kann ein von der Hauptsache unabhängiges Rechtsschicksal haben.
2. Durch die wirtschaftliche Einheit kann aber die Pertinenz dennoch mit dem Schicksal der Hauptsache verbunden sein; und zwar dann, wenn die wirtschaftliche Bindung auch eine rechtliche bewirkt.

Das Zugehörverhältnis endigt, wenn alternativ entweder die objektiven Voraussetzungen nicht mehr gegeben sind — sei es, daß eine der beiden Sachen untergegangen ist oder die Zweckgemeinschaft zerstört ist — oder aber der Wille des Eigentümers oder der Ortsgebrauch einen solchen Zweckverband nicht mehr bestehen lassen wollen.

Die rechtlichen Wirkungen der Zugehör- und Bestandteileigenschaft

1. Kapitel

Die rechtlichen Verfügungen über den Bestandteil und seine Hauptsache

§ 7 Im Privatrecht

Kraft zwingenden Rechtes ist Sondereigentum am Bestandteil nicht möglich, denn das Eigentum an der Hauptsache erfaßt deren Bestandteile (ZGB 642 I). Daraus ergeben sich verschiedene Folgen, die in §§ 7 und 8 erörtert werden sollen.

A. Sachenrecht

1. Wenn eine vorher rechtlich selbständige Sache sich mit einer andern Sache so verbindet, daß sie einen Bestandteil der anderen bildet, so geht sie in das **E i g e n t u m** des Eigentümers der Hauptsache über.

Dieses vollständige Untergehen der früheren dinglichen Rechte am Bestandteil und das «Aufnehmen» in die Hauptsache wird Akzessionsprinzip genannt. Das schweizerische Recht hat dieses in ZGB 727 II und 667 festgehalten ¹.

Der Gesetzgeber hat in einigen Fällen Ausnahmen vorgesehen, die das Bestandsverhältnis und die Akzession trotz den gegebenen Voraussetzungen nicht entstehen lassen. Diese Ausnahmen finden sich in ZGB 670, 674—77 und 779 ². Andererseits aber werden Sachen, die an und für sich nicht Bestandsqualität aus ZGB 642 II haben (wie Pflanzen, Quellen), aus ZGB 667 II Bestandteile des Grundstückes. Ausgenommen davon sind die Fahrnisbauten (ZGB 677) und Fahrnispflanzen (ZGB 678).

Durch die **A k z e s s i o n** gelangt der Bestandteil ins Eigentum des Eigentümers der Hauptsache. Dadurch gehen das alte Eigentum und alle anderen Rechte zwingend unter; selbstverständlich bleiben die Ansprüche aus Bereicherung und auf Schadenersatz bestehen (ZGB 727 III).

2. In gewissen Fällen ist es möglich, demjenigen ein **i u s t o l l e n d i** (Wegnahmerecht) zuzugestehen, dem die zum Bestandteil gewordene Sache gehört hatte. Das **i u s t o l l e n d i** stellt ein Aneignungsrecht dar, das von demjenigen ausgeübt werden kann, der eine unverhältnismäßige Aufwendung

¹ Vgl. ccf 546; BGB 905, 946, 947.

² Haab, ZGB 642 N 20.

an einem Bestandteil vorgenommen und sich das Trennungsrecht erwirkt hat³. Daß die Trennung nur dann erfolgen darf, wenn dies «ohne Beschädigung der Sache selbst geschehen kann»⁴, ist nicht von großer Bedeutung, denn als Beschädigung ist nicht eine substantielle gemeint (was eine zu starke Einschränkung des Wegnahmerechts bedeuten würde), sondern eine wirtschaftliche⁵. Das Wegnahmerecht beschränkt sich auf die im ZGB 753, 939 und OR 65, 422 vorgesehenen Fälle. Nicht jede Trennung des Bestandteils von der Hauptsache bewirkt ein Aufleben des alten Eigentums, sondern nur die Ausübung des *ius tollendi*⁶. Dieses kann auch von Dritten, wie Mieter oder Entleiher, geltend gemacht werden⁷. Die Ausübung des *ius tollendi* bewirkt, daß das für die Zeit, da die Sache Bestandteil war, untergegangene Eigentum nachher wieder neu erworben werden kann. Dies geschieht jedoch nicht ohne weiteres. Das *ius tollendi* beschränkt sich auf die Fälle, in denen der Eigentümer der Hauptsache sich weigert, Aufwendungen zu ersetzen, die ein Nutznießer vorgenommen hat⁸.

Aber auch hier ist noch eine Einschränkung zu machen, indem nur die Aufwendungen ersetzt werden müssen, die den Regeln der *negotiorum gestio* entsprechen: OR 422. Alle Verwendungen, die notwendig und den Verhältnissen angepaßt und nützlich⁹ waren, sind samt Zinsen zu ersetzen¹⁰. Unter diese Bestimmung fallen also Aufwendungen nicht, die übermäßig oder den Verhältnissen nicht angepaßt sind, sogenannte Luxusaufwendungen (*impensae voluptuariae*)¹¹. Die Uebernahme letzterer können billigerweise dem Eigentümer der Hauptsache nicht zugemutet werden.

Stellen wir zusammenfassend fest, daß das Eigentum an der zum Bestandteil gewordenen Sache immer untergeht, bzw. ins Eigentum des Hauptsacheneigentümers übergeht. In bestimmten Fällen aber, wenn ZGB 753, 939 und OR 65, 422 erfüllt sind, kann das Wegnahmerecht geltend gemacht werden, und damit wird der zur selbständigen Sache gewordene getrennte Bestandteil vom alten Eigentümer neu erworben.

3. Aus diesen Gründen ist auch nicht möglich, daß Eigentumsvorbehalte an Bestandteilen bestehen bleiben. Auch sie erlöschen mit der Verbindung zur Hauptsache¹².

³ v. Tuhr, S. 124.

⁴ ZGB 939 II.

⁵ Homberger, ZGB 939 N 19.

⁶ Leemann, ZGB 753 N 9 ff.; Homberger, ZGB 939 N 20.

⁷ v. Tuhr, S. 124.

⁸ Dabei muß die Aufwendung für eine Sache gemacht worden sein, die Bestandteil wurde.

⁹ BGE 42 II 471; ZR 22, 121 S. 231 ff.

¹⁰ Vgl. Oser-Schönenberger, ZGB 422 N 5 ff., 65 N 3 ff.

¹¹ Homberger, ZGB 939 N 18; Leemann, ZGB 753 N 8.

¹² ZBGR 3 S. 128, 6 S. 328 ff.; SJZ 10 S. 39 Nr. 26, insbes. S. 145 Nr. 40; BGE 40 II 113, 76 II 26.

«Ein Bestandteil hat keine eigene Existenz, ... kann daher nicht Gegenstand irgendwelcher dinglicher Sonderrechte, also auch nicht des vorbehaltenen Eigentums sein»¹³.

Wird ein Bestandteil durch seine Verbindung mit der Hauptsache immobilisiert, so ist schon aus ZGB 715 ein Eigentumsvorbehalt unmöglich, da dieser nur an beweglichen Sachen angebracht werden kann. Aber auch für Bestandteile beweglicher Sachen ist kein Eigentumsvorbehalt möglich, da ein solcher allgemein und zwingend nicht begründet werden kann.

4. Ergänzend sei noch festgehalten, daß das Bauhandwerkerpfandrecht am ganzen Grundstück besteht. Kann ein Unternehmer für seine Leistungen nicht befriedigt werden, so hat er seinen Anspruch auf Befriedigung aus dem ganzen Grundstück geltend zu machen¹⁴ und nicht aus der Sache, die er geliefert und die nun Bestandteil geworden ist.

5. **Dienstbarkeiten:** Sie bilden eine gewisse Ausnahme von dem Grundsatz, daß Bestandteile nicht Gegenstand von Sonderrechten sein können. Wohn-, Bau- und Wegrechte usw. sind an Bestandteilen möglich. Sie stellen eine Art von Nutznießung dar und können auf bestimmte Bestandteile beschränkt sein (Wohnung eines Hauses, Holz am Stamm usw.).

Die Errichtung von Dienstbarkeiten erfolgt entweder mit einem anderen über das Grundstück abgeschlossenen Rechtsgeschäft, oder auch selbständig.

Die praktische Auswirkung zeigt sich darin, daß z. B. beim Baurecht das neuerstellte Gebäude nicht ins Eigentum des Grundstückseigentümers fällt, sondern Eigentum des Bauenden bleibt¹⁵. Das Wohnrecht berechtigt den Dritten, alle Bestandteile für seinen Wohnzweck zu benutzen, und zwar auch die, die später hinzugefügt werden¹⁶. Es sind jedoch nur die wahren Berechtigten befugt, dieses Recht auszuüben, d. h. dieses Recht ist weder übertragbar noch vererblich (ganz im Gegensatz zur Nutznießung).

Dasselbe finden wir bei allen andern beschränkt dinglichen Rechten¹⁷. Der Umfang dieser Rechte ist, mit Ausnahme des Wohnrechtes (ZGB 776 ff.), nirgends genau festgelegt. Doch kann angenommen werden, daß diese sich ebenfalls nur auf die persönlichen Bedürfnisse des dinglich Berechtigten beschränken¹⁸.

¹³ ZBGR 6 S. 325.

¹⁴ Huber, S. 30; Haab, ZGB 642 N 21; vgl. auch einen deutschen Entwurf bei Krückmann, S. 63 ff.

¹⁵ Hitzig, S. 353 ff.

¹⁶ Leemann, ZGB 777 N 10.

¹⁷ Wohnrechte: ZGB 776 ff., Wegrechte: ZGB 694 ff. und 740, Baurechte: ZGB 779, Quellenrechte: ZGB 780.

¹⁸ Leemann, ZGB 738 N 12.

6. **Besitz**: Wenn gesonderte dingliche Rechte nicht an Bestandteilen möglich sind, so kann doch Besitz an ihnen begründet werden. Weder ZGB 642 noch 919 ff. stehen dieser Möglichkeit entgegen, doch kann er nur als Teilbegriff ausgeübt werden (so ist der Mieter nur Besitzer der Wohnung). Die Ausübung dieses persönlichen Gebrauchsrechtes steht dem Bestandteilsbegriff nicht entgegen, denn eine Trennung des Bestandteils von der Hauptsache ist nicht nötig (Mieter einer Wohnung). Voraussetzung ist allerdings, daß die Sache auch in Besitz genommen werden kann, d. h. daß dieser auch ausgeübt werden kann¹⁹. Diese tatsächliche Herrschaft wird stark bezweifelt bei Besitz an stehenden Bäumen²⁰. «Teilbesitz . . . ist an Holz auf dem Stamme möglich, erfordert aber die von der Verkehrsanschauung anerkannte tatsächliche Herrschaft über die Bäume selbst, . . .»²¹. Ob tatsächlich ein Besitz von Holz am Stamm vorhanden ist, läßt sich nur durch die Untersuchung jedes einzelnen konkreten Falles feststellen²². Im Prinzip ist aber Besitz in solchen Fällen möglich.

7. **Pfandrechte** können am Bestandteil allein nicht errichtet werden. Daher ist auch die Pfändung des Bestandteiles allein nicht möglich. Dagegen erstreckt sich die Pfandhaft der Hauptsache mit auf den Bestandteil (ZGB 805 I). Dieser Satz stellt zwingendes Recht dar und wird damit begründet, daß an Bestandteilen mit Ausnahme von Dienstbarkeiten keine beschränkt dinglichen Rechte möglich sind. Würde z. B. der Bestandteil einer Fahrnis gepfändet, so müßte durch das Faustpfandprinzip eine Trennung des Bestandteils vorgenommen werden, was dem Sinn des Bestandteilsinstitutes entgegenlaufen würde.

Der Umfang der Pfandhaft erstreckt sich beim Grundpfand auf alle auf dem pfandbelasteten Grundstück vorhandenen Bauten²³, Pflanzen, Quellen und Grundwasser²⁴. Davon ausgeschlossen sind allerdings die Bauten nach ZGB 677, wie auch die Pflanzen nach ZGB 678. Auf sie erstreckt sich die Haftung nicht, da sie nicht Bestandteile des Grundstückes werden.

Für das Fahrnispfand gilt dasselbe. Sein Umfang erstreckt sich ebenfalls auf die Bestandteile²⁵, jedoch nur so lange, als diese durch ihre Trennung nicht selbständige Sachen geworden sind. Durch ihre Trennung werden sie aus der Pfandhaft entlassen und gewinnen ihre rechtliche Selbständigkeit wieder, d. h. sie können nun ihrem eigenen rechtlichen Schicksal folgen²⁶.

¹⁹ Jenny, S. 33.

²⁰ Haab, ZGB 642 N 25.

²¹ Rosenthal, S. I 276 Anm. 34.

²² RG 108 Nr. 81 S. 271/72; BGE 36 II 198 ff.

²³ Ausnahmen: ZGB 674—76; Regel: ZGB 667 II.

²⁴ ZGB 704 I/III.

²⁵ ZGB 892 II/III.

²⁶ BGE 50 II 345.

Die Pfandhaft erstreckt sich auf alle Bestandteile, die im Augenblick der Pfandbestellung vorhanden waren, aber auch auf die, die später neu hinzugefügt werden. Der Gläubiger ist befugt, sich gegen die Wertverminderung jeder Art ²⁷ zu schützen ²⁸, indem er die Trennung von Bestandteilen und damit die Entlassung aus der Pfandhaft verbieten kann. Jedoch muß er es sich gefallen lassen, daß die Bestandteile wieder entfernt werden, die seit der Errichtung des Pfandes neu hinzugekommen sind. Dies allerdings nur soweit, als dadurch keine Wertverminderung des Pfandes stattfindet. Der Gläubiger hat nur Anspruch auf den gleichen Wert des Pfandes, wie er zur Zeit der Pfandbestellung ²⁹ bestand.

B. Obligationenrecht

1. Rechtsgeschäfte

Obligatorische Rechte sind an Bestandteilen zulässig, da Besitz an Bestandteilen möglich ist. So kann ein Bestandteil vermietet oder verpachtet werden, da weder durch Miete ³⁰ noch Pacht ³¹ der Bestandteil von der Hauptsache getrennt wird (Vermietung von Zimmern, Pacht einer Benzin-tankstelle usw.).

Andererseits kann sich ein Eigentümer auch verpflichten, Bestandteile später zu trennen, und schon vor ihrer Trennung einem andern das Eigentum daran sichern. Dabei werden die immobilisierten Bestandteile als Fahrnis betrachtet, sind also Gegenstand des Fahrniskaufes ³², da sie nach ihrer Lostrennung selbständige bewegliche Sachen werden. Dies ist möglich beim Verkauf eines Hauses auf Abbruch oder bei Holz am Stamm ³³. Die obligatorischen Rechte begründen niemals dingliche Rechte — die gesondert an Bestandteilen nicht errichtet werden können —, sie begründen aber Besitz, und Besitz allein ist nicht ein dingliches Recht, sondern tatsächliche Gewalt ³⁴.

2. Werkschaden

Die Haftung für Werkschaden beurteilt sich nach OR 58. Wenn eine Sache Bestandteil eines Werkes nach OR 58 wird, so haftet der Eigentümer auch für Schäden, die aus fehlerhafter Anlage oder Herstellung oder aus mangelhafter Unterhaltung ³⁵ des Bestandteils entstehen. Zusammengesetzte Sachen, wie sie Hauptsachen mit ihren Bestandteilen darstellen, müssen als

²⁷ Vgl. *Langenegger*, S. 28/33.

²⁸ ZGB 808.

²⁹ ZR 2 Nr. 2.

³⁰ OR 253 ff.

³¹ OR 275 ff.

³² OR 187 II; BGE 50 II 345.

³³ BGE 18 885, 36 II 198; ZR 9, 193, vgl. auch A 6 des gl. §.

³⁴ *Jenny*, S. 65 ff.

³⁵ OR 58 I.

einheitliche Werke angesehen werden. Dies zeigt uns schon die Definition des Bestandteilsbegriffes, nach dem eine Trennung des Bestandteils von der Hauptsache letztere zerstören oder beschädigen muß. Diese enge Verbindung fordert, daß eine Hauptsache mit Bestandteil als ein einheitliches Werk betrachtet wird. Zeigt sich nun ein Mangel an einem Bestandteil, so muß die ganze Sache als mangelhaft bezeichnet werden. Der Mangel eines Bestandteils bedeutet daher auch einen Mangel der Hauptsache³⁶. Daraus läßt sich nun schließen, daß die Art der physischen Verbindung zwischen Hauptsache und Bestandteil irrelevant ist. Wesentlich ist aber, daß die Sache, die einen Schaden verursacht hat, Bestandteil eines Werkes und mit diesem schon in ein inneres Verhältnis gebracht worden ist³⁷. Das heißt, daß der Bestandteil schon mit der Hauptsache verbunden sein muß, da er sonst noch eine selbständige Sache darstellt, und der Werkeigentümer noch nicht für den entstandenen Schaden belangt werden kann.

Allerdings betrachten die Gerichte oft schon die Bestandteile als Werke. Die Definition des Werkbegriffes erlaubt diesen Schluß. Nach *Oftinger*³⁸ sind alle die Gegenstände als Werke zu betrachten, die «stabil, mit der Erde direkt oder indirekt verbunden, künstlich hergestellt oder angeordnet» sind. So kann es nicht als falsch bezeichnet werden, wenn Straßensignalisationen³⁹, Telegraphenstangen⁴⁰, Einfriedungen⁴¹ usw. als selbständige Werke betrachtet werden, obwohl sie Bestandteil einer Hauptsache (Straße, Telegraphennetz usw.) sind. Im allgemeinen aber sind die Bestandteile keine Werke; jedoch ist es auch irrelevant, ob die Bestandteile oder nur ihre Hauptsachen als Werke angesprochen werden, denn eine Haftung aus OR 58, entstanden aus einem mangelhaften Bestandteil, kann erst dann angenommen werden, wenn der Bestandteil mit der Hauptsache verbunden ist. Ist noch keine solche Verbindung zu erkennen, so ist es kein Schaden, der sich nach OR 58 beurteilen läßt, sondern nur nach OR 41.

Abschließend sei noch die Werkhaftung für die Bestandteile einer Straße erwähnt. Die Straße selbst stellt ein Werk nach OR 58 dar. Ein Fehler an ihren Bestandteilen wird ebenfalls als Mangel der ganzen Straße betrachtet. Daher haftet auch in diesem Falle der Straßeneigentümer für den Schaden, der aus einem mangelhaften Bestandteil entstanden ist.

Schwierigkeiten entstehen nur bei der Feststellung, ob es sich bei der fehlerhaften Nebensache um einen Bestandteil oder um eine Zugehör handelt. Beide Verhältnisse äußern sich unter Umständen ähnlich, wenn nicht

³⁶ *Oftinger*, S. 418.

³⁷ BGE 43 II 659, 48 II 478.

³⁸ *Oftinger*, S. 413.

³⁹ SJZ 33, 27; 28, 27.

⁴⁰ BGE 26 II 837.

⁴¹ SJZ 34, 127; BGE 59 II 176.

sogar gleich. Einzig aus der inneren Beziehung der untergeordneten Sache zur Straße läßt sich auf ein Zugehör- oder Bestandteilsverhältnis schließen. Ein Beispiel hiezu: Die Abschränkungen einer Paßstraße haben sicher Bestandteilscharakter, denn ohne sie wäre die Bergstraße verkehrstechnisch mangelhaft. Ihr Fehlen bedeutet dagegen bei Ueberlandstraßen keinen Mangel der Straße; Abschränkungen sind hier als Zugehör zu betrachten. Die Abgrenzung der beiden Begriffe kann daher nicht unter generellen Gesichtspunkten vorgenommen werden, sondern sie ist von Fall zu Fall zu treffen, wobei darauf abzustellen ist, welchem Zweck eine konkrete Straße zu dienen hat, wie und wo sie angelegt ist, durch wen und wie stark sie frequentiert wird usw.

§ 8 Im öffentlichen Recht

A. Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1. Auch in der *Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung* wird der Bestandteil von der Pfändung der Hauptsache miterfaßt. Eine Trennung, bzw. gesonderte Pfändung von Bestandteil und Hauptsache ist nicht möglich, da ZGB 642 zwingend statuiert, daß der Bestandteil dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache folge.

Eine Ausnahme davon bilden die Früchte, die bis zu gewissen Terminen nicht gepfändet werden dürfen¹. Alle andern Bestandteile werden aber von jeder Pfändung der Hauptsache miterfaßt. Es ist nicht notwendig, daß die Bestandteile besonders in der Pfändungsurkunde aufgeführt werden² (VZG 11 I, 14, SchKG 102). VZG 14 steht in einem gewissen Widerspruch zu SchKG 94 I und 102, indem er bestimmt, daß stehende und hängende Früchte von Gesetzes wegen als mit dem Grundstück verpfändet gelten, während SchKG 94 I und 102 dies nur unter bestimmten Voraussetzungen gelten lassen wollen. Im Prinzip werden aber die stehenden und hängenden Früchte als Bestandteile mit dem Grundstück zusammen gepfändet. Vorbehalten bleiben nur die in SchKG 94 I und 102 I festgelegten Bestimmungen und Ansprüche.

2. Die Pfandhaft erlischt mit der Trennung des Bestandteils von der Hauptsache. Dies gilt für alle Bestandteile, wiederum mit Ausnahme der Früchte, die in der Pfandhaft verbleiben, wenn vor ihrer Trennung die *Betreibung auf Pfandverwertung* angehoben wurde. Alle andern Bestandteile aber scheiden aus der Pfandhaft aus, auch wenn die Pfandverwertung eingeleitet wurde. Dies stellt eine sehr starke Verschlechterung des Grundpfandes dar, der der Pfandgläubiger nur dadurch begegnen kann, daß er gestützt auf ZGB 808/09 weitere Trennungen untersagt und Sicherstellungs- und Wiederherstellungsansprüche geltend macht. Die Kosten für diese Vorkehrungen kann der Gläubiger dem Schuldner, d.h. dem Grundeigentümer, überbinden. Die Pfandhaft für schon getrennte Bestandteile kann aber nicht wieder hergestellt werden³.

3. Diese Behauptung ist dahin einzuschränken, daß der Bestandteil nicht nur durch die Trennung allein aus der Pfandhaft entlassen wird, sondern erst dann, wenn die Trennung nicht fraudulös erfolgte und wenn ein gutgläubiger Dritter den «verselbständigten Bestandteil» erworben hat⁴.

¹ SchKG 94 I.

² BGE 50 II 345.

³ *WeiB*, S. 107 ff., S. 28 ff.

⁴ *Haab*, ZGB 642 N 27 S. 72; Erl. II S. 248 ff.

Dieser Meinung schließt sich das BG an ⁵. Zur Begründung führt es aus: «Es wäre eine schwer verständliche Anomalie, wenn der Grundpfandgläubiger zwar durch die Exekutionsanhebung dem Zugriff der unversicherten Gläubiger auf die Früchte entgegentreten könnte, aber selbst dann, wenn er gerade das direkteste Mittel zur Erhaltung des Grundpfandes an den Früchten, das richterliche Verbot ihrer Perzeption, angewandt hat, nicht verhindern könnte, daß die trotzdem bezogenen Früchte den Chirographargläubigern zufallen. Wird aber für die Früchte eine analoge Ausdehnung der Wirkungen der Betreibungsanhebung auf die Verbotserwirkung angenommen, so muß das auch für Waldbäume, die nicht als Früchte gewonnen werden, gelten.» Das Verbot des Gläubigers, weitere Bestandteile von der gepfändeten Sache abzutrennen, würde illusorisch, wenn dem Gläubiger nicht die Möglichkeit gegeben würde, auf die widerrechtlich getrennten Bestandteile zu greifen, um so eine Schmälerung seines Pfandes zu verhindern ⁶. Dagegen kann er keine Ansprüche auf abgetrennte Bestandteile mehr geltend machen, wenn diese vor seinem Verbot getrennt worden waren.

4. Zur Austragung von Streitigkeiten über die Bestandteilseigenschaft einer Sache in der Pfändung besteht weder nach SchKG noch nach VZG eine besondere Vorschrift. Jedoch kann man, «angesichts der Gleichartigkeit der Rechtslage», die Vorschriften über Zugehör entsprechend anwenden ⁷. Demnach wäre der Streitfall unter Anl. VZG 19 lit. a oder b zu stellen und demjenigen eine zehntägige Frist zur Klage anzusetzen, der

- a) die Bestandteilseigenschaft einer Sache trotz angeblichem Ortsgebrauch bestreitet und daher vom Lastenverzeichnis gestrichen haben will (Lit. a) oder demjenigen, der
- b) einer Sache die Bestandteilsqualität zuerkannte und die Aufnahme dieses Gegenstandes ins Lastenverzeichnis verlangte (Lit. b) ⁸.

5. Es ist selbstverständlich, daß auch bei der Verwertung einzelne Bestandteile nicht von der Steigerung ausgenommen werden können. Sie werden mit der Hauptsache verwertet. Eine besondere Bestimmung darüber ist nicht zu finden, was jedoch nicht notwendig ist, da es im Wesen des Bestandteils liegt, der Hauptsache überall zu folgen ⁹. Sollte dennoch ein Bestandteil von der Verwertung ausgenommen worden sein, so erhält der Erwerber der Hauptsache das Eigentum auch über diesen Bestandteil ¹⁰.

⁵ BGE 50 II 345; Erl. II S. 248 ff.; Prot III S. 187 ff.; ZR 8 Nr. 165.

⁶ BGE 43 III 197 ff.

⁷ BGE 68 III 76, 55 III 44/45 E 3.

⁸ BGE 68 III 78, vgl. § 10 A 1b IIa.

⁹ RG 74 S. 201.

¹⁰ *Haab*, ZGB 642 N 28; BGE 55 III 45.

B. Expropriation

Im Prinzip gilt auch bei der Expropriation, daß die Bestandteile der Hauptsache folgen. Dies widerspricht allerdings den in Art. 1 ff. Expr. Ges. aufgestellten Normen, welche bestimmen, daß eine Enteignung nur soweit vorgenommen werden soll, als es das öffentliche Interesse erfordert¹¹. Aus dieser zwingenden Vorschrift heraus wurde Art. 11 in das Expr. Ges. aufgenommen. Er erklärt, daß Bestandteile (und Zugehör, die in der Expropriation gleich behandelt werden), wenn sie «ohne unverhältnismäßige Kosten abgetrennt werden können», von der Enteignung auszunehmen seien. Der Enteignete kann dies verlangen, wenn die exproprierte Hauptsache sich auch ohne Bestandteil gebrauchen läßt, der Enteigner, wenn der Bestandteil allein noch verwendet werden kann¹². Abs. II von Art. 11 Expr. Ges. bestimmt weiter, daß den Pfandgläubigern aus ZGB 808/09 die Sicherungsbefugnisse trotzdem zustehen¹³, auch wenn hier keine selbstverschuldete Wertverminderung vorliegt. Diese Befugnis ist allerdings dahin einzuschränken, daß, wenn eine unverschuldete Wertverminderung des belasteten Grundstückes vorliegt, auch der Grundpfandgläubiger mit dem Schuldner zusammen den Schaden tragen muß¹⁴ (ZGB 810). Auch muß es sich der Grundpfandgläubiger gefallen lassen, daß seine Rechte hinter die eventuell neu errichteten beschränkt dinglichen Rechte (die kraft Expropriationsrechtes begründet wurden) zurücktreten müssen¹⁵. Prinzipiell jedoch garantiert das Expr. Ges. die volle Entschädigung aller Beeinträchtigungen, die dem Eigentümer der Hauptsache, wie auch Dritten, durch die Expropriation entstanden sind (Expr. Ges. Art. 16).

¹¹ Insbes. Expr. Ges. Art. 1 II.

¹² Expr. Ges. Art. 11 II 2.

¹³ Vgl. § 7 A 7 (Pfandrechte).

¹⁴ *WeiB*, S. 116.

¹⁵ *WeiB*, S. 113/14.

Die rechtlichen Verfügungen über die Zugehör und ihre Hauptsache

Wesentlich schwerer und mannigfaltiger sind die Fragen, die sich aus dem Zugehörverhältnis ergeben, da — nicht wie beim Bestandteil — Sondereigentum an der Zugehör möglich ist. Allerdings bildet dies dem Gesetze nach die Ausnahme, denn im Prinzip folgt auch die Zugehör der Hauptsache¹. Diese «Zwiespältigkeit» ergibt sich aus der Natur der Pertinenz, die einerseits rechtlich eine selbständige bewegliche Sache bleibt, anderseits aber mit der Hauptsache wirtschaftlich ein Ganzes und eine Einheit bildet. Aus rein praktischen Ueberlegungen² muß der Einheit der Vorzug gegeben werden. Daher kann meist vermutet werden, daß die Pertinenz dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache folgt. Soll dies nicht der Fall sein, so muß dies ausdrücklich gesagt werden³.

§ 9 Im Privatrecht

A. Sachenrecht

1. Das Eigentum

Im Gegensatz zur Beziehung Hauptsache—Bestandteil, ist die Verbindung zwischen Zugehör und Hauptsache rein wirtschaftlich; eine sachliche Beziehung ist nicht notwendig (auch wenn eine solche oft in Erscheinung tritt). Die rechtliche Bindung und ihre Wirkungen müssen demnach andere sein, als wir sie beim Bestandteil antreffen. Dies zeigt sich vor allem darin, daß die Zugehör gegenüber der Hauptsache rechtlich selbständig ist, d. h. ihren eigenen Eigentümer, ihr eigenes Rechtsschicksal haben kann¹. Trotzdem ist der Zweckverband zwischen Hauptsachen und Zugehör unabhängig von den Eigentumsverhältnissen an ihnen ersichtlich. Dies wird durch ZGB 644 I erhellt, welcher bestimmt, daß im Zweifel die Zugehör von einer Verfügung über die Hauptsache miterfaßt wird. Es wäre sinnlos und dem Zugehörinstitut widersprechend, wollte man die wirtschaftlichen Bindungen von Hauptsache und Zugehör beeinträchtigen, indem man nur getrennt über die Pertinenzen verfügen dürfte und somit die Zweckgemeinschaft illusorisch machen würde. Grundsätzlich teilt die

¹ ZGB 644 I.

² Kohler, S. 7.

³ BGE 44 II 377; Kohler S. 6.

¹ Haab, ZGB 644/45 N 17/24; BGE 60 II 195, 43 II 160 (163).

Zugehör das rechtliche Schicksal der Hauptsache². Es sind demnach unter Verfügungen nicht nur «rechtsgeschäftliche Akte mit dinglicher oder obligatorischer Wirkung zu verstehen», sondern jede Verfügung³, die eine rechtliche Wirkung nach sich zieht⁴. ZGB 644 I läßt die Möglichkeit aber ausdrücklich zu, daß über die Zugehör auch getrennt verfügt werden kann⁵. Wenn der Eigentümer der Zugehör nun allein über diese verfügen will, so steht ihm dies frei. Voraussetzung dafür ist allerdings, daß dadurch die Rechte Dritter an der Zugehör (z. B. EV) nicht beeinträchtigt werden⁶. Außerdem muß der Erwerber der Zugehör gutgläubig sein, da sonst die dinglichen Rechte des alten Eigentümers nicht untergehen⁷.

Eine getrennte Verfügung über die Zugehör muß jedoch deutlich kundgetan werden⁸, da sonst die Pertinenz das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilt. Der Spezialwille soll im Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses über die Hauptsache sichtbar sein, indem entweder die Zugehör ausdrücklich von der Verfügung ausgenommen wird, oder in einer getrennten Verfügung gleichzeitig über ihr weiteres Rechtsschicksal beschlossen wird. Daß bei den getrennten Verfügungen über Hauptsache und Pertinenz das Zugehörverhältnis aufgelöst wird, ist möglich, jedoch nicht notwendig.

Sehr unklar ist der Ausdruck «Verfügung» in bezug auf seine Tragweite in dinglichen Rechtsgeschäften. Soll der Ausdruck nur heißen, daß die Zugehör ganz allgemein der Hauptsache zu folgen hat (also eine allgemeine Norm), oder darf dieser Ausdruck auch dahin interpretiert werden, daß die Zugehör — z. B. einer Immobilie — ohne für die der Fahrnis notwendigen Tradition der Hauptsache folgt (spezielle Norm). Sowohl Praxis wie auch Doktrin nehmen mehrheitlich die letztere Lösung als richtiger an⁹. Sie lehnen sich dabei an BCB 926 I an, welcher ausführt, daß der Erwerber mit dem Eigentum an der Hauptsache (Grundstück) auch das Eigentum an der Zugehör erhalte. Allerdings wird durch BGB 926 II dies dahin eingeschränkt, daß die Eigentumsübertragung nach den Grundsätzen der Fahrnis, also durch Tradition, zu erfolgen habe, wenn sich die Zugehör in der Hand eines Dritten befindet.

Im schweizerischen Recht finden wir keine entsprechende Gesetzesstelle, auf die wir uns in dieser Richtung berufen könnten. Die Gerichte haben aber eine Praxis herausgebildet, die sich an BGB 926 anlehnt, und hat

² *Wäber*, S. 154.

³ *Haab*, ZGB 644/45 N 20; *Curti*, ZGB 644 Anm. 1; a. M. BGE 43 II 659; *Brodtbeck/Daepfen/Marti*, S. 501; *Wieland*, ZGB 644 Anm. 10.

⁴ Also auch eine Haftung: vgl. S. 59 ff.

⁵ BGE 60 II 197.

⁶ ZGB 805 III.

⁷ *Rossel et Mentha*, III S. 106; *Pfeiffer*, S. 97 ff.; BGE 60 II 195, 54 III 19.

⁸ BGE 44 II 377.

⁹ *Haab*, ZGB 644/45 N 24, daselbst 714 N 2; *Leemann*, ZGB 644/45 N 26; ZR 17, 14.10, 108. Vgl. BGE 60 II 197.

sich damit zugunsten einer wirtschaftlich klareren, wenn auch formalrechtlich nicht ganz folgerichtigen Lösung ausgesprochen ¹⁰.

Zugehör kann von Gesetzes wegen nur eine bewegliche Sache sein (ZGB 644 II). Sie wird auch durch ihre Verbindung mit einer unbeweglichen Hauptsache nicht immobilisiert. Diese Tatsache sollte zu der rechtlichen Konsequenz führen, daß eine Eigentumsübertragung der Zugehör nach den Erfordernissen der Fahrnis zu erfolgen hätte. Da nun aber die Verbindung der beweglichen Pertinenz mit einer unbeweglichen Hauptsache einen Zweckverband darstellt, d. h. die Zugehör sowohl in einem inneren, wie auch in einem äußeren Verhältnis zur Immobilie steht ¹¹, und da das Pertinenzinstitut zur Erleichterung des wirtschaftlichen Verkehrs dient, wäre es widersinnig, diese durch Komplikationen in der Eigentumsübertragung von Zugehör und Hauptsache illusorisch zu machen ¹². Das schweizerische Recht wird dadurch nicht verletzt, wenn die Zugehör nicht nach der Fahrnisregel tradiert wird. Die Regel wird nur umgangen oder für diesen Fall ausgenommen, um den praktischen Bedürfnissen mehr Rechnung zu tragen. Nur aus formalrechtlichen Ueberlegungen diese Möglichkeit ausschalten, hieße dem Zugehörinstitut einen Teil seiner Wirkung nehmen ¹³.

Nicht die gleiche Regel gilt aber, wenn Zugehör und Hauptsache bewegliche Sachen sind. Hier scheint es mir nicht notwendig, daß eine Ausnahme in der Tradition für die Zugehör zu erfolgen habe. Erst wenn die bewegliche Zugehör ordnungsgemäß tradiert worden ist, ändert sie ihren Eigentümer ¹⁴.

2. Eigentumsvorbehalt (EV)

Da die Zugehör ein eigenes rechtliches Schicksal hat, ist die Errichtung von EV an ihr möglich ¹⁵. Die in diesem Zusammenhang stehenden Fragen sollen in den nun folgenden Abschnitten, insbesondere bei den Pfandrechten, behandelt werden.

Da die Zugehör im Zweifel der Hauptsache folgt, kann sie trotz EV ins Eigentum des neuen Eigentümers der Hauptsache übergehen, sofern der Erwerber nicht bösgläubig ist, d. h. mit Bestimmtheit annehmen mußte

¹⁰ BGE 60 II 191 ff., insbes. S. 197.

¹¹ Dabei ist m. E. eine enge wirtschaftliche Verbindung einer sachlichen, physischen Verbindung sicher gleichzustellen.

¹² *Leemann*, ZGB 645 N 41, daselbst 714 N 10; *Wäber*, S. 164/65; nicht entscheidend und nur auf *Leemann* und *Haab* verweisend: *v. Tuhr/Sieewart* I S. 188 Anm. 24; a. M. *Haab*, ZGB 644/45 N 24 S. 101.

¹³ SJZ 13 S. 251 Nr. 60; vgl. auch die kritische Betrachtung bei *Wäber*, S. 166.

¹⁴ Die Begründung darüber in § 9 A 5.

¹⁵ BGE 56 II 186, 60 II 195, 75 II 28; SJZ 10 S. 93 Nr. 26; ZBGR 6 S. 325; *Weiß*, Sammlung Nr. 2097, 2111.

oder konnte, daß ein EV vorliegen könnte¹⁶. Der EV ist in einem besonderen Register — dem EV-Register — eingetragen. Der Registereintrag hat nicht nur deklaratorische, sondern konstitutive Wirkung¹⁷. Allerdings kann ihm keine positive Publizitätswirkung zugesprochen werden: Eine Pflicht zur Einsichtnahme ins Eigentumsvorbehaltsregister besteht nicht. Jedoch handelt der Erwerber grob fahrlässig, wenn er bei etwaigen Zweifeln das Register nicht konsultieren würde. Er verstößt damit gegen ZGB 3 II und kann sich dann nicht mehr auf den guten Glauben berufen¹⁸.

Erwirbt nun ein gutgläubiger Dritter die Zugehör, so geht der EV restlos unter. Gegen diesen Verlust kann sich der EV-Berechtigte nicht wehren, er kann keine Ansprüche mehr geltend machen, «denn hier findet die dingliche Sicherung des Verkäufers^{18a} ihre Grenze»¹⁹. Daher ist es notwendig und im Interesse einer gewissen Verkehrssicherheit, daß an den guten Glauben die strengsten Anforderungen gestellt werden. Nur so kann übermäßiger Schaden der EV-Berechtigten verhindert werden, ohne daß dabei die Verkehrsinteressen vernachlässigt würden²⁰.

3. Pfandrechte

a) Grundpfandrechte

I. Wird auf einem Grundstück ein Pfandrecht bestellt, so belastet das Grundpfandrecht das Grundstück mit Einschluß der Zugehör²¹. Ein besonderer Verpfändungswille ist hiefür nicht notwendig. Ebenso wenig muß der Gläubiger um die Existenz solcher Zugehör wissen. Das Pfandrecht an der Hauptsache umfaßt alle Zugehör, die im Augenblick der Pfandbestellung vorhanden waren²². Diese Tatsache hat den großen Vorteil, daß auf ein Grundstück mehr Kredit gewährt werden kann, da die Einbeziehung der Zugehör in die Pfandhaft für den Kreditgläubiger eine zusätzliche Sicherung bedeutet. Gesetzlich ist dies in ZGB 805 I festgehalten. Damit bildet dieser Artikel einen Ersatz für die im schweizerischen Recht nicht bekannte Fahrnisverschreibung, indem die als bewegliche Sache bleibende Zugehör mit der Hauptsache verpfändet werden kann, ohne daß dies nach dem Mobiliarpfandrecht (Faustpfand) zu geschehen hätte²³.

¹⁶ Ist die Hauptsache eine Fahrnis, so muß bei ihrer Tradition der gute Glaube vorhanden sein; ist sie eine Immobilie, dann im Augenblick der Eintragung des Erwerbes im Grundbuch. Vgl. ZBJV 61, 274 ff.

¹⁷ BGE 45 II 273, 42 II 11, 42 III 174; SJZ 11 S. 188 Nr. 142; vgl. v. Wyl, S. 10 f.; *Stachelin*, S. 27 ff.

¹⁸ Anders BGB 932 II; das deutsche Recht stellt an den guten Glauben nicht so strenge Anforderungen, wie das schweizerische Recht.

^{18a} des EV-Berechtigten.

¹⁹ *Stachelin*, S. 89.

²⁰ v. Wyl, S. 49.

²¹ ZGB 805 I.

²² *Haab*, ZGB 644/45 N 25; SJK Karte 609 S. 2.

²³ Vgl. hinten 3b (Faustpfand); SJZ 48, 309.

Diese Tatsache zeigt die große wirtschaftliche Bedeutung des Zugehörinstitutes, indem ZGB 805 I eine wirtschaftliche Anpassung der Hauptsache an den Kreditbedarf ermöglicht. Dies wird dadurch unterstrichen, daß — wie bei der Veräußerung der Hauptsache — die Pertinenz unter gewissen Voraussetzungen von der Pfandhaft ausgenommen werden kann. Allerdings muß eine solche Ausnahme ausdrücklich erwähnt werden, da sonst nach ZGB 644 I die Zugehör mit in das Pfandrecht einbezogen wird²⁴. Es muß daher der Verzicht auf die Haftung für alle Gläubiger im Grundbuch und auch auf den Pfandtiteln selbst vermerkt werden²⁵. Die Beschränkung der Haftung einzelner Zugehör auf ein bestimmtes Pfandrecht bedarf aber der Zustimmung von sämtlichen übrigen Grundpfandgläubigern, weil prinzipiell alle Zugehör den allen Grundpfandgläubigern haften. Damit wird verhindert, daß Pertinenzen verheimlicht werden und der Gläubiger eine Verschlechterung der Grundpfandhaft erfahren muß. Die Zustimmungserklärung muß schriftlich erfolgen, sie bedarf keiner öffentlichen Beurkundung, wird aber im Grundbuch und auf den Pfandtiteln vermerkt. Dem Schuldner ist dadurch die Möglichkeit geboten, z. B. für die I. Hypothek Pertinenzen von der Mithaftung auszuschließen, um für die Errichtung der II. Hypothek eine bessere Sicherheit gewährleisten zu können²⁶. — Soll eine solche Anmerkung wieder gelöscht werden, so ist wiederum die Zustimmung sämtlicher Gläubiger nach Maßgabe von ZGB 946 II erforderlich. Damit wird nicht das Zugehörverhältnis zerstört, denn ein solches geht nur nach den Erfordernissen von ZGB 644/45 unter, sondern lediglich die besondere Haftung der Pertinenz²⁷.

II. Die Bedeutung der Anmerkung der Zugehör im Grundbuch für ZGB 805 II ist recht groß. Sie bewirkt eine Umkehrung der Beweislast, indem derjenige, der die Pertinenzqualität der angemerkten Zugehör anführt, den Beweis seiner Gegenbehauptung zu erbringen hat²⁸. Andererseits hat derjenige, welcher die Zugehör anmerken ließ, nur die Anmerkung zu beweisen, nicht aber die Zugehörqualität. Trotzdem diesem Eintrag nur formelle Bedeutung zukommt, stellt er doch durch die Umkehrung der Beweislast eine wesentliche Erleichterung für den Hypothekargläubiger dar²⁹.

In diesem Zusammenhang sei nochmals auf die Tatsache hingewiesen, daß das schweizerische Recht auch aus ZGB 805 II keine gewillkürte Pertinenzen kennt. Dieser Absatz ließe sich als Schaffung einer

²⁴ SJZ 12 S. 395 Nr. 95.

²⁵ ZBGR 6 S. 315, Erw. 5; Geiger, S. 73.

²⁶ Leemann, ZGB 805 N 50; Weiß, Sammlungen Nr. 2610.

²⁷ Leemann in SJZ 5 S. 241 ff.

²⁸ ZGB 8.

²⁹ SJZ 5 S. 242; Geiger, S. 72; Leemann, ZGB 805 N 62.

Möglichkeit für gewillkürte Zugehör ansehen. Da aber die Eintragung nur deklarativen Charakter besitzt, ist es unmöglich, daß eine Sache Zugehör wird, auch wenn sie als solche im Grundbuch angemerkt worden ist. Ein Eintrag ersetzt also die gesetzlichen Erfordernisse nicht ³⁰.

Zusammenfassend sei daher festgestellt, daß der Eintrag von Zugehör im Grundbuch nur die Vermutung, die Sache sei Zugehör, ausspricht, nicht aber, daß die gesetzlichen Voraussetzungen für eine solche Qualität vorhanden seien ³¹.

III. Weit größere Schwierigkeit bietet die Auslegung von ZGB 805 III. Nach diesem Artikel sind die Rechte Dritter ausdrücklich vorbehalten ³². Die Kontroverse, ob EV oder die Grundpfandrechte vorgehen, ist bis heute noch nicht abgeschlossen. Zwei Lager sind entstanden: Auf der einen Seite stehen die Verfechter der Theorie, daß ein Eigentumserwerb einer belasteten Zugehör vom guten oder bösen Glauben des Erwerbers abhängig zu machen sei ³³, auf der andern Seite diejenigen, welche die Rechte Dritter denen des Grundpfandgläubigers vorgehen lassen ³⁴. M. E. ist die zweite Theorie im Hinblick auf den Geschäftsverkehr die richtigere. Dieser Standpunkt steht in keinem Widerspruch zu der Theorie, daß dadurch auch ein bösgläubiger Erwerb einer Pertinenz durch den Grundpfandgläubiger geschützt wäre. Der Bösgläubigkeit steht noch ZGB 3 entgegen.

Das Bundesgericht sagt mit Recht in BGE 60 II 195 ff., daß die Rechte Dritter nicht generell vorgehen, denn ZGB 644 I gebe die Möglichkeit, daß über die Zugehör speziell verfügt werden könne, und kommt zu dem Schluß, daß ZGB 805 III gerade eine solche Ausnahme von der allgemeinen Verfügungsregel bilde. Das BG stellt sich auf den Standpunkt, daß der Hypothekargläubiger die Möglichkeit habe, das EV-Register zu konsultieren. Wenn dagegen der Verkäufer eine Sache verkauft, kann er nicht sicher sein, ob diese nicht einmal Zugehör einer andern werde. Wird die Hauptsache dann belastet, geht er seiner Rechte verlustig, ohne daß er dies hindern könnte. In der Tat steht der Dritte schutzloser da als der Hypothekargläubiger, der die Möglichkeit einer Ueberprüfung der Rechte Dritter an einer Pertinenz besitzt ³⁵. Eine Einsichtnahme ins Grundbuch nützt dem Dritten nicht viel, da nicht alle Zugehör ins Grundbuch eingetragen werden, weil ihrem Eintrag keine konstitutive Wirkung zukommt.

³⁰ Vgl. die ausführlichen Abhandlungen *Leemanns* in SJZ 5 S. 241 f.

³¹ SJZ 11 S. 211; *Weiß*, Sammlungen Nr. 2620/22, 5108.

³² Vgl. die Diss. von *R. Bodmer*.

³³ *Wieland*, ZGB 805 Bem. 7; *Rossel et Mentha*, III S. 105/ff.; *Leemann*, ZGB 805 N 79 ff.; Prot. S. 187 ff.; ZBJV 52 S. 545 f.; SJZ 29 S. 220.

³⁴ *Pfeiffer*, S. 97 ff.; *Geiger*, S. 73; Stenographisches Bulletin des Ständerates 16 S. 1394; BGE 60 II 195 ff.

³⁵ BGE 60 II 195—97.

Dadurch wird auch ZGB 808/09 in keiner Weise verletzt. Eine Wertverminderung des Pfandes liegt sicher nicht vor, denn ein bösgläubiger Erwerb ist ausgeschaltet. Jedoch tritt eine Vergrößerung und daher eine Verbesserung der Pfandhaft nicht ein. Ein Schaden entsteht dem Grundpfandgläubiger nicht, besonders dann nicht, wenn der Gläubiger die nötige Vorsicht walten läßt und vorher das Eigentumsvorbehaltsregister konsultiert ³⁶.

Dies gilt allerdings nicht nur für die Kollision von EV und Grundpfandrecht. Auch bei anderen Rechten Dritter ³⁷ hat das Grundpfandrecht zuzurückzutreten, was insbesondere noch bei der Betreibung zu untersuchen sein wird ³⁸.

IV. Die Wertverminderung.

α) Die Voraussetzungen für die Geltendmachung irgendwelcher Rechte aus der Wertverminderung des Grundpfandes sind in ZGB 808/09 geregelt. Als Normalsicherheit gilt generell der Wert zur Zeit der Pfanderrichtung ³⁹. Auf die Erhaltung dieses Wertes hat der Gläubiger in jedem Falle Anspruch. Bei Verminderung dieses Wertes kann der Gläubiger sofort die Rechte aus ZGB 808/09 geltend machen. Erhöht sich aber der Wert des Pfandes, so hat der Gläubiger nur dann Anspruch auf den Mehrwert, wenn dies vertraglich vereinbart wurde ⁴⁰. Wenn der Mehrwert auch in jedem Falle von der Pfandhaft mitergriffen wird, so kann sich der Gläubiger nicht wehren, wenn dieser wieder verschwindet, es sei denn, die vertraglich bestellte Sicherheit sei gefährdet ⁴¹. Das Pfandrecht muß schon zur Zeit der Wertverminderung bestanden haben. Entsteht eine solche Verminderung zwischen der Vereinbarung und dem Grundbucheintrag, so stehen dem Gläubiger nicht die Rechtsansprüche aus ZGB 808 f. zu, vielmehr muß er dann aus OR 41 klagen. Er kann aber auch vom Vertrag zurücktreten ⁴². Eine Wertverminderung, die durch eine ordentliche Wirtschaft entstanden ist, gibt keinen Anspruch aus ZGB 808 f.

β) Als Arten der Wertverminderung können wir zwei Gruppen unterscheiden. Einmal kann eine solche Verschlechterung durch eine positive Handlung eintreten, z. B. durch Abbauen eines Hauses, übermäßiges Schlagen von Holz in einem Walde oder durch eine sonstige wirtschaftlich nicht gerechtfertigte Entfernung von Zugehör.

³⁶ Geiger, S. 74/75.

³⁷ Leihe, Pacht, Miete.

³⁸ Siehe § 10 A 1b II a 3 (Zugehör im Eigentum Dritter).

³⁹ Langenegger, S. 28/29.

⁴⁰ Leemann, ZGB 808 N 13; Prot. III S. 196.

⁴¹ ZR 2, 2.

⁴² Leemann, ZGB 808 N 15; Wieland, ZGB 808 Bem. 9; Geiger, S. 110.

Andererseits durch eine «negative» Handlung, also Unterlassung, z. B. dadurch, daß der Schuldner Kulturland veröden läßt oder drohenden Naturschäden nicht vorbeugt.

Keine Wertverminderung im Sinne von ZGB 808 f. liegt vor, wenn der Eigentümer auf Rechte, die mit dem Grundstück verbunden sind, verzichtet, sofern ein solcher Verzicht nach ZGB 964 I erfolgte. Denn durch die Zustimmung zur Abtretung der Rechte hat der Gläubiger auch der Wertverminderung zugestimmt. Er kann daher ZGB 808 f. nicht mehr geltend machen ⁴³, auch dann nicht, wenn dadurch eine materielle Verschlechterung und Veränderung des Grundstückes eintreten würde ⁴⁴.

γ) Gegen die Wertverminderung stehen dem Gläubiger folgende Rechtsmittel zur Verfügung ⁴⁵:

1. Die Unterlassungsklage: Sie kann dann beim Richter erhoben werden, wenn der Gläubiger von Plänen des Grundeigentümers hört, die eine Wertverminderung mit sich bringen, oder wenn eine solche schon eingetreten ist ⁴⁶. Allerdings müssen die Pläne in einem gewissen fortgeschrittenen Stadium sein, eine bloße Absicht genügt noch nicht ⁴⁷. Die Klage kann gegen jedermann erhoben werden, nicht nur gegen den Eigentümer. Sie richtet sich gegen jeden, der gegen die Pfandsicherheit einwirkt. Bietet der Eigentümer oder der Dritte eine genügende anderweitige Sicherheit, so kann der Gläubiger nicht verpflichtet werden, die Unterlassungsklage zurückzuziehen (Ausnahme: ZGB 811 ⁴⁸). Grundsätzlich hat jeder Grundpfandgläubiger das Recht, daß das Pfandobjekt wertmäßig unverändert bleibt ⁴⁹.

2. Sicherung: Diese kann dann verlangt werden, wenn schon ein Schaden entstanden ist ⁵⁰. Der Gläubiger muß es sich nicht gefallen lassen, daß der Eigentümer durch positive oder negative Handlungen die Pfandsicherheit gefährdet. Ist schwere Gefahr im Verzug, so darf der Gläubiger aus ZGB 808 II 2 von sich aus, ohne richterliches Urteil, durch geeignete Sicherungsmaßnahmen die Gefahr abwenden ⁵¹. Die Kosten solcher Maßnahmen hat der Eigentümer des Grundstückes zu tragen (ZGB 808 III).

⁴³ Leemann, ZGB 808 N 28; Geiger, S. 110 Anm. 24.

⁴⁴ a. M. Leemann, ZGB 808 N 29.

⁴⁵ Vgl. die ausführliche Abhandlung in der Diss. Langenegger, S. 68 ff.

⁴⁶ ZGB 808 II.

⁴⁷ Leemann, ZGB 808 N 33.

⁴⁸ Siehe S. 55.

⁴⁹ Geiger, S. 112.

⁵⁰ ZGB 809 II.

⁵¹ Reparaturen, um einen drohenden Einsturz zu verhüten, Errichten von Dämmen gegen weitere Ueberschwemmungen usw.

3. Der Wiederherstellungsanspruch kann dann geltend gemacht werden, wenn der Schuldner Sachen entfernt, die dem Gläubiger persönlich haften und die innert nützlicher Frist wieder beigebracht werden können. Dagegen kann man nicht verlangen, daß z. B. abgebrochene Bauten neu errichtet werden. Ein Zwang zur Wiederherstellung kann nicht ausgeübt werden⁵². Schadenersatzanspruch steht dem Gläubiger aus ZGB 809 III zu.

4. Der Schadenersatzanspruch bedeutet eine ausreichende Abzahlung desjenigen Betrages, der durch die Verschlechterung des Pfandes nicht mehr gedeckt ist. Er kann aber nur geltend gemacht werden, wenn Sicherung und Wiederherstellung zu keinem Ergebnis führten. Auch kann der Schadenersatzanspruch nur gegen den persönlichen Schuldner gerichtet werden⁵³.

δ) Unverschuldete Wertverminderung fällt unter ZGB 810. Diese ist dann gegeben, wenn durch Expropriation oder nichtabwendbare Schäden (Naturereignisse), für die der Schuldner nicht haftbar gemacht werden kann, eine Wertverminderung eintritt. Da dem Gläubiger nur ein obligatorischer Anspruch auf Sicherheitsleistung zukommt, so kann er Sicherung oder Abzahlung der unverschuldeten Wertverminderung nur insoweit verlangen, als der Schuldner selbst für diese Schäden eine Entschädigung erhalten hat. Ein Pfandrecht an dieser steht ihm allerdings nicht zu⁵⁴.

Der Gläubiger kann aber weitere zweckdienliche Maßnahmen treffen, die eine Wiederholung solcher Schäden verhindern, doch kann er in diesem Falle für seine Auslagen keine Entschädigung verlangen⁵⁵.

ε) Als letzte Frage im Abschnitt der Grundpfandrechte beschäftigt uns ZGB 811. Um kleinere Abtrennungen, die wegen einer Expropriation oder Abrundung notwendig sind, rascher abwickeln zu können, bestimmt das ZGB, daß der Gläubiger eine Abtrennung eines Teiles des von ihm belasteten Grundstückes dann gestatten muß, wenn sein Wert weniger als $\frac{1}{20}$ der Pfandforderung beträgt. Allerdings hat der Schuldner entweder durch Abzahlung die Wertverminderung auszugleichen, oder er muß durch das restliche Grundstück vermehrte Sicherheit leisten. Kann er weder durch Abzahlung noch durch Sicherheit aus dem Grundstück die nötige Leistung erbringen, so unterbleibt die Pfandentlastung dieses Grundstücksteiles⁵⁶.

⁵² Vgl. die Kontroverse in ZR 2 Nr. 2 und 108.

⁵³ Leemann, ZGB 809 N 11.

⁵⁴ Leemann, ZGB 810 N 9.

⁵⁵ ZGB 810 II.

⁵⁶ Geiger, S. 116.

Die Berechnung dieses Zwanzigstels erfolgt nach der Größe der einzelnen Pfandforderungen. Ist das Pfandrecht ein Gesamtpfandrecht, so wird der Zwanzigstel nach der ganzen Pfandsomme berechnet; verteilt sich aber die Pfandhaft auf verschiedene, voneinander unabhängige Grundpfandrechte, so wird die Quote ($\frac{1}{20}$) nicht nach dem Gesamtwert aller Grundpfandrechte berechnet, sondern nach dem Einzelwert eines jeden⁵⁷. Wenn also mehrere Pfandrechte das Grundstück belasten, so hat man einzeln zu untersuchen, ob die Grundpfandgläubiger zur Pfandentlassung angehalten werden können oder nicht.

Wird später ein weiteres Stück von $\frac{1}{20}$ des (Rest-)Grundstückes abgetrennt, so findet ZGB 811 wiederum gleiche Anwendung.

b) Das Faustpfandrecht

I. Nicht nur beim Grundpfandrecht haftet die Zugehör mit der belasteten Hauptsache, auch im Faustpfandrecht wird sie mit in die Haftung eingeschlossen. ZGB 892 I sagt dies sogar ausdrücklich, obwohl sich diese Mithaftung schon aus ZGB 644 I ergibt. Die ausdrückliche Bestätigung der allgemeinen Regel (ZGB 644 I) in ZGB 892 I hat wohl den Zweck, die Zweifel zu beseitigen, die sich aus der «Doppelnatur» der Pertinenz ergeben: denn einerseits ist sie ja eine rechtlich selbständige Sache, anderseits aber stark mit der Hauptsache verbunden. ZGB 892 I ist jedoch keineswegs so aufzufassen, daß die Zugehör immer mit der Hauptsache belastet wird, vielmehr gilt nach wie vor die in ZGB 644 I ausgesprochene Ausnahme. ZGB 892 I gilt daher nur für die Fälle, in denen die Zugehör mitübergeben worden ist. Das Faustpfandprinzip verlangt, daß die Sache übergeben wird, um das Pfandrecht daran entstehen zu lassen. Was der Eintrag ins Grundbuch beim Grundpfandrecht bedeutet, bedeuten beim Faustpfandrecht die Tradition und der Besitz⁵⁸. Daher muß im Gegensatz zum Grundpfandrecht die Zugehör bei der Pfandbestellung mit der Hauptsache übergeben werden, sie folgt nicht automatisch und formfrei den rechtlichen Schicksalen der Hauptsache⁵⁹. Die Tatsache, daß bei der Grundpfandbestellung die Zugehör nicht erst mit der Tradierung in die Pfandhaft eingeschlossen wird, sondern formfrei und automatisch dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache folgt, berechtigt noch nicht zur Annahme, daß auch bei der Bestellung eines Faustpfandrechts an einer beweglichen Hauptsache die Zugehör derselben ebenfalls ohne gesonderte Tradition in die Pfandhaft eingeschlossen werde. Eine derartige Gleichstellung würde die absolute Verschiedenheit der Sachlage vernachlässigen⁶⁰.

⁵⁷ *Leemann*, ZGB 811 N 5.

⁵⁸ *Haffter*, S. 20; *Pfister*, S. 250.

⁵⁹ *Haab*, ZGB 644/45 N 26; *Leemann*, ZGB 892 N 1; *Tour*, Das schweiz. Zivilgesetzbuch S. 638; *Rossel et Mentha*, II S. 308 f.; *Haffter*, S. 59.

⁶⁰ *Wieland*, ZGB 892 N 1; *Curti*, ZGB 892 N 1.

Die Zugehör eines Grundstückes unterliegt der Pfandhaft, die dieses beschlägt, ohne besondere Tradition. Das Recht selbst nimmt die Zugehör von Grundstücken von den generellen Bestimmungen über die Fahrnispfandbestellung aus, um leichter eine Pfandbestellung an ihr zu ermöglichen.

Anders bei der Bestellung eines Pfandrechts an einer beweglichen Hauptsache. Hier kann schon das Pfandrecht an der Hauptsache nur bestellt werden, wenn diese selbst tradiert wird. Die Hauptsache wird der Nutzung durch ihren Eigentümer von vornherein entzogen. Wenn nun aber schon die Hauptsache nicht ohne Tradition verpfändet werden kann, besteht kein Grund, die bewegliche Nebensache ohne Tradition der Pfandhaft zu unterwerfen. Die bewegliche Zugehör einer beweglichen Hauptsache unterliegt den allgemeinen Bestimmungen des Fahrnispfandrechts so gut wie diese; die praktischen Erwägungen, die den Gesetzgeber dazu bewegt haben, für die Pfandbestellung an Zugehör von Immobilien eine Ausnahme zu machen, treffen hier nicht zu.

Daneben ist auch nicht einzusehen, wie anders denn die Zugehör einer beweglichen Hauptsache von der Pfandhaft ausgenommen werden könnte, als ganz einfach dadurch, daß sie nicht tradiert wird.

ZGB 892 I schließt die Pfandhaft der später hinzugetretenen Zugehör nicht aus. Es ist allerdings von Bedeutung, wie auch beim Grundpfand, daß zur Zeit der Pfandbestellung ein Verpfändungswille für später hinzukommende Pertinenz vorhanden war. Fehlte ein solcher, so muß die später hinzugekommene Zugehör nicht in die Pfandhaft eingeschlossen werden. Die nachträgliche Uebergabe der Pertinenz zeigt den Willen des Eigentümers der Hauptsache, daß er diese neue Zugehör als mitverhaftet betrachtet haben will ⁶¹.

Da für das Fahrnispfandrecht keine allgemeinen Regeln aufgestellt wurden, sind die allgemeinen Regeln über das Grundpfandrecht sinngemäß anzuwenden, soweit sich nicht aus den Bestimmungen über das Faustpfand, der Grundlage des Fahrnispfandrechts, spezielle Gesichtspunkte ergeben ^{62, 63}.

II. Bei Kollisionen zwischen Faustpfandrecht und anderen Rechten an der Pertinenz muß bestimmt werden, welche Rechte vorgehen. Wir können uns auf ZGB 933 stützen, da sowohl Hauptsache, als auch Pertinenz bewegliche Sachen sein können. Erhält ein Pfandgläubiger eine Pertinenz als Faustpfand, so ist er in seinem Rechte dann zu schützen, wenn er das Faustpfand in gutem Glauben empfangen hat; also unabhängig davon, ob der Veräußerer ein Recht zur Uebergabe hatte oder nicht. Allerdings findet ZGB 933 keine Anwendung auf persönliche Rechte,

⁶¹ *Haffter*, S. 59.

⁶² Erl. II S. 322.

⁶³ Vgl. BGE 41 III 224; *Leemann*, ZGB 892 N 2; *Pfister*, S. 251 ff.

sondern nur auf dingliche und beschränkt dingliche. Ein Mieter oder Pächter kann daher seine Rechte nicht aus ZGB 933 geltend machen, dagegen steht ihm ein Recht aus ZGB 895 III (Retentionsrecht) zu ⁶⁴.

4. Besitz

Es kann meist vermutet werden, daß der Besitzer der Hauptsache auch Besitzer der Zugehör ist. Da aber eine örtliche oder physische Gebundenheit an die Hauptsache nicht notwendig ist, läßt es sich leicht denken, daß Zugehör und Hauptsache verschiedene Besitzer haben können. Das Gesetz verbietet solches nicht ⁶⁵.

Wenn zwei verschiedene Besitzer von Hauptsache und Zugehör vorhanden sind, so kann vermutet werden, daß der Eigentümer der Pertinenz derjenige ist, «von dem er (der Besitzer) sie in gutem Glauben empfangen hat» ⁶⁶. Wobei «empfangen» extensiv auszulegen ist, d. h. als Eigentümer soll derjenige betrachtet werden, dem man am ehesten dieses Recht zusprechen kann ⁶⁷. Daß der Besitzer dabei gutgläubig sein muß, geht aus ZGB 931 I deutlich hervor.

Bei Pertinenzen von Immobilien ist die Eigentumsvermutung noch bedeutend erleichtert, indem man annehmen kann, daß der im Grundbuch eingetragene Hauptsacheneigentümer auch Eigentümer der Pertinenz ist ⁶⁷.

B. Familien- und Erbrecht

1. Familienrecht

Nach ZGB 644 I erstrecken sich die Nutzungsrechte aus ZGB 201 und 292 auf die Zugehör. Da im Frauengut, wie auch im Kindesvermögen, Pertinenzen vorhanden sein können und die Nutzung beider Vermögen in ihrer Gesamtheit dem Ehemann, bzw. den Eltern, zusteht, kann man daraus ableiten, daß die in dem Vermögen enthaltenen Pertinenzen den dazu Berechtigten zur Nutzung freistehen ¹. Sollten aus irgendeinem Grunde die Pertinenzen von der Nutzung ausgenommen werden, so müßte dies ausdrücklich bestimmt werden.

2. Erbrecht

ZGB 485 I umschreibt den Umfang der Erbschaft, wie sie die Erben anzutreten haben. Darnach soll die Erbschaft in dem Zustande angetreten werden, wie sie zur Zeit der Eröffnung des Erbanges war. In dieser Erbschaft ist selbstverständlich auch die Pertinenz mitinbegriffen. Was Zu-

⁶⁴ Homberger, ZGB 933 N 11; Daeniker, S. 58.

⁶⁵ ZBJV 11 S. 343; Weiß, Sammlungen Nr. 2097/99.

⁶⁶ ZGB 931 I 3.

⁶⁷ Erl. II S. 390; BGE 54 III 191; BGE 41 II 31; ZBJV 55 S. 375.

¹ Haab, ZGB 644/45 N 23.

gehör ist, das entscheidet sich in erster Linie nach dem Willen des Erblassers, der ja im Rahmen von ZGB 644 II durch seinen Willen Pertinenzqualität schaffen kann. Es sind daher die Hauptsachen mit den dazugehörenden Pertinenzen an die Erben auszuliefern². Soll eine Zugehör im Erbgang der Hauptsache nicht folgen, so ist dies ausdrücklich im Testament zu vermerken.

C. Obligationenrecht

Im Zusammenhang mit dem OR sei nochmals auf den Werk s c h a d e n hingewiesen. Das BG hat besonders in zwei Entscheiden dazu Stellung genommen. Dabei untersucht es, ob die Werkhaftung, wie sie für die Hauptsache angenommen wird, auch für die Zugehör bejaht werden darf. Im Gegensatz zum Bestandteil ist die Zugehör immer eine bewegliche Sache, die nur durch Anpassung oder Verbindung zur Hauptsache in Beziehung gebracht wird. Eine physische Verbundenheit wird nicht gefordert. Bewegliche Sachen können aber nicht Werkeigenschaft haben¹ und doch kann man eine Werkhaftung für Pertinenzen nicht a priori ablehnen. Es hängt davon ab, ob die Zugehör in ein «seinem Zweck gemäßes» Verhältnis zur Hauptsache gebracht worden ist². In BGE 43 II 657 und 48 II 478 erklärt das BG, daß eine Werkhaftung nur dann angenommen werden könne, wenn die Zugehör mit der Hauptsache «bestimmungsgemäß» verbunden sei. M. E. mit Unrecht kommentiert Haab³ besonders den letzteren Entscheid darum als «unmöglich», weil Schwankungen im Ortsgebrauch für eine mit der Hauptsache verbundene Nebensache an einem Ort die Haftung ausschließen würde (wenn sie als Pertinenz, d. h. nur als bewegliche Sache betrachtet würde), an einem anderen aber nicht (wenn sie Bestandteil wäre).

Der Ortsgebrauch ändert aber nichts an einer Haftung für Pertinenzen aus OR 58. Eine Werkhaftung für Zugehörden — gleich wie für Bestandteile — kann erst dann in Frage kommen, wenn diese mit der unbeweglichen Hauptsache verbunden sind. Wenn eine bestimmte Sache in ihrer Verbindung mit einer anderen an einem Orte als Zugehör, am anderen als Bestandteil betrachtet wird, so muß dies als irrelevant angesehen werden. Eine Werkhaftung kann ohnehin erst dann konstruiert werden, wenn die Nebensache mit der Immobilie verbunden ist⁴. Es ist dann völlig gleichgültig, ob der nun verbundenen Sache Zugehör- oder Bestandteilsqualität zukommt.

² *Tuor*, ZGB 485 N 5/7.

¹ Siehe Definition eines Werkes S. 42 (Werkhaftung für Bestandteile).

² *Oftinger*, S. 419; *Oser/Schönenberger*, OR 58 N 6.

³ *Haab*, ZGB 644/45 N 22.

⁴ Andernfalls nicht aus OR 58, sondern aus OR 41 haftet wird.

Man ist sich auch darüber einig, daß schon ein Werkmangel entstehen kann, wenn fälschlicherweise eine Zugehör mit einer Hauptsache verbunden worden ist. Die zusammengebrachten Gegenstände bilden in ihrer Verbindung ein mangelhaftes Werk⁵. Die Begründung muß darin gesucht werden, daß wohl eine äußere Verbindung stattgefunden hat, nicht aber eine innere.

Aus dem soeben Gesagten müssen wir folgern, daß erst dann ein Mangel an einer Pertinenz als Werkmangel angesehen werden kann, wenn die Zugehör richtig mit der Hauptsache verbunden worden ist. Dann erst kann auch hier der Grundsatz gelten, daß ein Mangel an einer Pertinenz das ganze Werk als mangelhaft erscheinen läßt⁶.

Doch haben wir gesehen, daß Zugehör auch solche Sachen sein können, die als *Ersatzstücke* noch nicht mit der Hauptsache «bestimmungsgemäß» verbunden sind, oder auch solche, die vorübergehend von der Hauptsache getrennt sind. Wenn diese nun einen Schaden anrichten, kann sich dann der Geschädigte auf OR 58 berufen?

Ich glaube, ja. Wohl sind diese Zugehörden zurzeit nicht in ihre «bestimmungsgemäße» Verbindung gebracht worden, aber sie sind doch Pertinenz der Hauptsache, bilden also schon, bzw. noch immer, einen Teil des Werkes. Aus dieser Bindung heraus ist zu schließen, daß auch für Pertinenz, die zwar vorübergehend nicht im richtigen Verhältnis zur Hauptsache stehen, eine Werkschadenshaftung aus OR 58 anzunehmen ist.

Besondere Erwähnung-muß die Haftpflicht für Werkschaden aus der mangelhaften Anlage einer *Straße* finden. An und für sich wird hier die Mängelhaftung für eine Zugehör gleich behandelt wie die für den Bestandteil: eine mangelhafte Pertinenz läßt die ganze Straße als Werk mangelhaft erscheinen. Die Besonderheit aber an dieser Werkhaftung liegt darin, daß Hauptsache und Pertinenz verschiedene Eigentümer haben können. Wer haftet nun für eine mangelhafte Pertinenz, der Hauptsachen- oder der Zugehöreigentümer? Das BG beantwortet diese Frage folgendermaßen⁷: «Was das Werk in räumlicher Beziehung umfaßt, entscheidet sich nicht nach den sachenrechtlichen Beziehungen, sondern nach der Bestimmung des Werkes, . . . und das Werk hört also nicht dort auf, wo das Eigentum daran aufhört. Eine Zugehör z. B. kann, auch wenn sie in fremdem Eigentum steht, zu einem Teil des Werkes geworden sein . . .» Und im gleichen Entscheid weiter unten: «Es ist namentlich zu beachten, daß bei der Beurteilung der Fehlerhaftigkeit eines Werkes seine Zweckbestimmung mit den Ausschlag gibt.» Damit haben wir die Antwort auf unsere Frage: Es läßt sich keine generelle Werkeigentümerhaftung, aber auch

⁵ *Oftinger*, S. 420; BGE 26 II 837.

⁶ *Oftinger*, S. 418.

⁷ BGE 59 II 176.

nicht eine allgemeine Haftung des Zugehöreigentümers konstruieren. In jedem Falle hat der Richter genau zu prüfen, welche Sache mangelhaft war und welchen Eigentümer das Verschulden nun trifft.

Praxis⁸ und Doktrin⁹ sind darin gleicher Ansicht, daß nicht alle Hindernisse auf der Straße oder konstruktive Unzulänglichkeiten Werkmängel darstellen¹⁰. Es müssen bei der Prüfung des Verschuldens diejenigen Anforderungen berücksichtigt werden, die an die Straße, entsprechend ihrem Gebrauch, im konkreten Falle gestellt werden müssen. So kann und muß der Straßenbelag einer Gemeindestraße nicht gleich sein, wie der Straßenbelag einer Staatsstraße 1. Kl. Viehabschranken auf einer Durchgangsstraße bilden sicher ein Hindernis, dagegen auf einem Alpzufahrtsstraßchen nicht. Nicht durch eine starre Norm, sondern nur aus der innern Beziehung, die das Werk zu seiner Umgebung und zu seinem Gebrauch hat, können wir die Frage der Haftung lösen. Dabei darf allgemein angenommen werden, daß dann der Eigentümer der Zugehör für den entstandenen Schaden haften muß, wenn die Pertinenz mit der Straße in einem Zusammenhang steht, der nur äußerlich oder zufällig ist^{11, 12}.

Abschließend kann man daher sagen, daß allgemein für Schaden aus einer mangelhaften Zugehör eine Werkschadenshaftung angenommen werden kann¹³. Dort aber, wo Pertinenz und Hauptsache verschiedene Eigentümer haben, doch geprüft werden muß, ob

- a) die innere (zweckbestimmte) Verbindung zwischen Pertinenz und Hauptsache vorhanden ist,
- b) der Mangel der Zugehör einen Mangel der Hauptsache darstellen kann (Beziehung des Werkes zu seiner Umgebung und Benützung).

Wird nur einer der beiden Punkte verneint, so kann eine Werkschadenshaftung aus OR 58 nicht begründet werden, da die Beziehung von Zugehör und Hauptsache (Werk) nicht vollständig ist. Der Geschädigte kann in diesem Falle nur aus OR 41 klagen.

Werden aber beide Fragen bejaht, so muß ein Werkschaden angenommen werden, und somit ist die Haftung aus OR 58 gegeben.

⁸ BGE 25 II 105, 26 II 831, 41 II 580, 45 II 332, 44 II 191, 48 II 679, 49 II 470, 53 II 313, 59 II 176, 394.

⁹ Oefinger, S. 451 ff.; Oser/Schönenberger, OR 58 N 7.

¹⁰ BGE 59 II 177, 394; 48 II 188; 49 II 470; 53 II 313.

¹¹ ZBJV 68, 133; SJZ 36, 273.

¹² Vgl. die Ausführungen auf S. 42 f.

¹³ BGE 25 II 105, 44 II 191, 45 II 332, 53 II 313.

§ 10 Im öffentlichen Recht

A. Im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht

1. *Betreibung auf Pfändung*

a) *Pfändung der Zugehör allein*

Nach schweizerischem Recht ist gesonderte Pfändung von Zugehör möglich. Es muß daher nicht, wie aus VZG 11 entnommen werden könnte, die Zugehör immer der Hauptsache folgen. Allgemein kann auf Grund von ZGB 644 und VZG 11 I angenommen werden, daß die Zugehör auch bei der Pfändung der Hauptsache, sei diese nun beweglich oder unbeweglich, folge. Es wäre jedoch gegen den Sinn des Zugehörinstitutes, wenn diese Tatsache nur allein gelten würde, denn die Zugehör bildet in dem wirtschaftlichen Verband mit der Hauptsache eine noch selbständige Sache, auch in rechtlicher Beziehung. Daher hat das ZGB und das SchKG die Möglichkeit einer gesonderten Pfändung der Zugehör vorgesehen. ZGB 644 I bestimmt allgemein, daß «eine Ausnahme» gemacht werden könne, d. h. daß die Pertinenz nicht immer dem rechtlichen Schicksal der Hauptsache zu folgen habe¹. Demzufolge erklärt VZG 12 in Verbindung mit SchKG 95 I, daß eine gesonderte Pfändung der Zugehör an gewisse Normen gebunden ist. So darf Immobilienzugehör nur dann gepfändet werden, «wenn der Schuldner und alle aus dem Grundbuche ersichtlichen Berechtigten (Grundpfandgläubiger) damit einverstanden sind»². Diese Bestimmung hat jedoch nur Gültigkeit, wenn die Pertinenzqualität der zu pfändenden Sache nicht umstritten ist. Es ist gleichgültig, ob die Zugehör im Grundbuch vermerkt ist oder nicht, da ein Eintrag keinen konstitutiven Charakter besitzt; wesentlich ist, daß die Zugehörqualität feststeht³.

Wird aber die Zugehörqualität bestritten, so ist eine nach VZG 12 schon vorgenommene Pfändung nicht nichtig⁴. Wenn die Pfändung einer Sache, deren Pertinenz Eigenschaft der pfändende Gläubiger bestreitet, durchgeführt wird, so hat das Betreibungsamt sofort das Widerspruchsverfahren nach SchKG 109 einzuleiten. Es muß dem Gläubiger eine zehntägige Frist ansetzen, innerhalb welcher er den Anspruch bestreiten kann. Haab⁵ will demgegenüber die Widerspruchsklage nicht gelten lassen, sondern erachtet nur die Beschwerde aus SchKG 17

¹ Vgl. die Kritik bei *Leemann*, SJZ 5 S. 241.

² VZG 12, I. Vgl. auch *Jaeger*, SchKG 95 N 1.

³ BGE 59 II 62, 55 II 57.

⁴ *Haab*, ZGB 644/45 N 31.

⁵ *Haab*, ZGB 644/45 N 31.

als zulässig. Er stützt sich darauf, daß VZG 12 ein Pfändungsverbot darstelle, wie es SchKG 92 auch vorsieht und daß darum die Aufsichtsbehörde zuständig sei. Dem widerspricht das BG ⁶. Es stellt sich auf den meines Erachtens richtigeren Standpunkt, daß VZG 12 kein Pfändungsverbot im Sinne von SchKG 92 darstellt. Im Gegenteil, VZG 12 läßt die gesonderte Pfändung ausdrücklich zu. Wenn es nun auch diese Pfändung von der Zustimmung sämtlicher Berechtigter abhängig macht, so nicht, um im Falle einer nicht nach VZG 12 ordnungsgemäßen Pfändung eine Verletzung des Pfändungsverbotes zu verhindern, sondern um die Rechte der berechtigten Gläubiger zu schützen. Wird nun die als Pertinenz umstrittene Sache, trotz ihres Eintrages im Grundbuch, als solche gepfändet, so sind die Rechte der Dritten gewahrt, da sie die Zustimmung zur gesonderten Pfändung gegeben haben müssen. Damit ist aber auch der Sinn von VZG 12 erfüllt. — Bestreitet aber der pfändende Gläubiger, daß die gepfändete Sache Pertinenzqualität besitzt, so stellt dies eine materiell-rechtliche Frage dar, die nicht durch eine Aufsichtsbehörde, sondern durch das Gericht beantwortet werden muß. Daher ist die Anfechtung einer entgegen VZG 12 vorgenommenen Pfändung nur auf dem Beschwerdewege nicht möglich.

Auch das Argument, daß der Streit um die Pertinenzqualität nur eine Vorfrage zur vollstreckungsrechtlichen Hauptfrage darstelle, kann nicht als richtig bezeichnet werden ⁷. Es kann nicht gleichgültig sein, ob eine Zugehör oder eine selbständige Sache gepfändet wird, denn je nach der Entscheidung über die rechtliche Stellung der Sache muß das Widerspruchsverfahren oder die Beschwerde ergriffen werden ⁸. Es handelt sich daher niemals um eine Vorfrage, sondern um eine Hauptfrage, von deren Beantwortung die weiteren vollstreckungsrechtlichen Schritte abhängen. Diese Frage kann somit nicht von einer Verwaltungsinstanz, sondern nur von einem Gericht entschieden werden ⁹.

Aber nicht nur aus der Wichtigkeit der Frage, sondern auch aus praktischen Gründen ist das Widerspruchsverfahren einzuleiten. Durch Beschreitung dieses Weges erreichen wir Uebereinstimmung mit dem Grundstücksverwertungsverfahren, das ebenfalls das Widerspruchsverfahren vorsieht ¹⁰.

Wir haben gesehen, daß VZG 12 in erster Linie dem Schutze eines Interessenkreises dient. Infolgedessen muß, um diesen Schutz gewährleisten zu können, auch jeder Interessierte befugt sein, sich gegen die gesonderte Pfändung von Zugehör wehren zu können. Vor allem müssen

⁶ BGE 55 III 55, 59 III 62.

⁷ BGE 59 III 63.

⁸ BGE 53 III 169.

⁹ BGE 55 III 58.

¹⁰ Vgl. folgenden Abschnitt.

wir an den Schuldner selbst denken, dem durch die Pfändung ein für ihn wichtiger Zweckverband zerrissen wird. Wiederum stellt sich die Frage, mit welchen Rechtsmitteln sein Schutz bewerkstelligt werden könne. Es fallen auch hier nur die Beschwerde oder die Widerspruchsklage in Betracht, wobei der letzteren der Vorzug zu geben ist.

Der Schutz des Drittberechtigten an der gesondert gepfändeten Zugehör ist eine materiell-rechtliche Frage, die wiederum nur im Widerspruchsverfahren gelöst werden kann. Die Beschwerde, wie sie *Haab*¹¹ auch für diesen Fall gelten lassen will, kann wohl kaum in Frage kommen, denn m. E. ist die Beschwerde in erster Linie da, um prozessuale Fragen zu lösen. Hier handelt es sich aber nicht um eine verfahrensrechtliche Streitigkeit, sondern um eine materiell-rechtliche: «Der Klagegrund liegt vielmehr einzig und allein in der materiell-rechtlichen Stellung jener Personen, in den rechtlichen Beziehungen, die sie zu den fraglichen Zugehörstücken haben»¹². Daher ist das Widerspruchsverfahren der einzige Weg, um die Rechte des Drittberechtigten geltend zu machen¹³.

b) Pfändung der Hauptsache

I. Allgemeines

Allgemein gilt auch hier der Grundsatz, daß bewegliche Sachen, welche die Erfordernisse nach ZGB 644/45 für die Pertinenzqualität erfüllen, bei der Pfändung der Hauptsache ihr rechtliches Schicksal teilen. Dies braucht nicht besonders erwähnt zu werden; ja der Pfändungsgläubiger muß nicht einmal besondere Kenntnis davon haben, was alles an Zugehör von der Pfändung mitergriffen wird¹⁴. Sind jedoch im Grundbuch die Pertinenzen besonders aufgeführt, wie es schon ZGB 805 und 946 vorsieht, so sind diese einzeln in der Pfändungsurkunde aufzuführen. Dies ist allerdings nicht notwendig, wenn sich im Grundbuch schon ein Zugehörinventar befindet, das sich mit dem Bestand der zur Zeit der Pfändung vorhandenen Sachen deckt. Dann genügt ein Hinweis in der Pfändungsurkunde auf dieses Inventar im Grundbuch¹⁵.

Dies soll jedoch nicht heißen, daß nur die im Grundbuch vermerkte Zugehör in die Pfändungsurkunde aufgenommen werden kann. Beide Parteien können weitere Stücke als Pertinenzen in die Pfändungsurkunde aufnehmen, wenn sie es für ihre Sicherheit als notwendig erachten¹⁶. Dies ist von besonderem Wert für bewegliche Sachen, deren Zugehörqualität um-

¹¹ *Haab*, ZGB 644/45 N 31.

¹² *Fromm*, S. 15.

¹³ Vgl. BGE 68 III 59 ff.

¹⁴ VZG 11 I.

¹⁵ VZG 11 II; GBVo. 78 II/III.

¹⁶ VZG 11 III.

stritten ist. Ein allfälliger Streit kann dann im Lastenbereinigungsverfahren¹⁷ ausgetragen werden, so daß beide Parteien Klarheit über die Mithaft der fraglichen Sachen erhalten. Der Grundbuchführer selbst hat jedoch schon das Recht, Sachen, die unmöglich Pertinenzqualität besitzen können (wie z. B. verbrauchbare oder unbewegliche Sachen), nicht im Grundbuch als Pertinenzen einzutragen¹⁸. Eine Pflicht ist es nicht, denn der Grundbuchführer muß die Zugehörqualität der einzutragenden Sachen nicht prüfen. Sie bleibt bestehen, bis deren Bestand angefochten wird. Es ist daher nicht notwendig, daß das Widerspruchsverfahren schon bei der Fertigung der Pfändungsurkunde eingeleitet wird, da im Lastenbereinigungsverfahren die Sachen, die nicht Pertinenzen sein können, von der Pfändung ausgeschlossen oder gesondert als selbständige Sachen gepfändet werden.

Durch den Eintrag der Zugehör in die Pfändungsurkunde wird eine präzise Umschreibung der Pfandhaft erreicht. Sie bezweckt nicht eine gesonderte Pfändung nach VZG 12, sondern nur eine Sicherheit für den Pfändungsgläubiger, der so Einblick in den Umfang der Pfändung der Hauptsache erhält. Dadurch ist es auch möglich, die Rechte Dritter zu wahren, indem diese in der Pfändungsurkunde angemerkt werden und im Widerspruchsverfahren entschieden wird, welches Recht vorgeht¹⁹.

II. Verwertung

Wird ein Verwertungsbegehren vom pfändenden Gläubiger an das Betreibungsamt gestellt²⁰, so wird das Verwertungsverfahren eingeleitet. Die Zugehör muß dabei grundsätzlich immer mit der Hauptsache verwertet werden. Dabei ist es gleichgültig, ob die Pertinenz zu einer beweglichen oder unbeweglichen Hauptsache gehört. Nur dann kann die Zugehör für sich verwertet werden, wenn sämtliche beteiligten Gläubiger ihr Einverständnis mit einer gesonderten Verwertung erklären. Es muß dann VZG 12 II an Stelle von VZG 27 treten, d. h. es muß ein neues Verfahren eingeleitet werden. Eine gesonderte Verwertung der Zugehör kann nicht mit der übrigen Verwertung durchgeführt werden. Auch VZG 71 I bestimmt, daß nur dann eine gesonderte Verwertung der Pertinenz stattfinden kann, wenn alle Berechtigten damit einverstanden sind. Damit ist ein großer Schutz der wirtschaftlichen Bindung von Hauptsache und Pertinenz gewährleistet, ein Schutz, der verhindern will, daß unnötig Sachen auseinandergerissen werden, die sich wirtschaftlich ergänzen oder fördern.

Die Pertinenz folgt daher allgemein in der Verwertung der Hauptsache, d. h. sie wird von den gestellten Verwertungsbegehren mitergriffen

¹⁷ VZG 38 II; siehe hinten Abschnitt Lastenbereinigungsverfahren.

¹⁸ ZBGR 8 S. 19 ff.

¹⁹ Jaeger, SchKG 106 N 5.

²⁰ SchKG 116; v. Overbeck, S. 94.

und, je nach Art der Hauptsache, nach dem Mobiliar- oder Immobilien-vollstreckungsrecht verwertet²¹.

a) Grundstücksverwertung

Gewisse Schwierigkeiten können sich im Zusammenhang mit der Grundstücksverwertung ergeben. Die Pertinenz hat, wie wir gesehen haben, der Hauptsache, d. h. dem Grundstück, in der Pfandverwertung zu folgen. Da aber die Grundstücke meist mit Grundpfandrechten belastet sind, ist es notwendig, daß vor der Verwertung eine genaue Untersuchung abklärt, wie die bestehenden Rechtsverhältnisse eigentlich liegen. Hiefür ist das **Lastenbereinigungsverfahren** bestimmt. Dieses soll abklären, ob die bewegliche Sache als Pertinenz mitverpfändet werden kann oder ob sie gar nicht Zugehörqualität hat und daher als selbständige Sache verwertet werden muß, ob sie einzelnen oder allen Pfandgläubigern haftet und ob sie nicht durch Rechte Dritter belastet ist und daher gar nicht verwertet werden kann²². Das Betreibungsamt hat daher vor der Verwertung ein genaues Verzeichnis sämtlicher Zugehör aufzustellen²³. Nicht notwendig ist es, daß darin die Zugehör angeführt wird, die nach der Ortsüblichkeit Pertinenz sein muß²⁴. Wohl aber muß sämtliche im Grundbuch angemerkte oder als Pertinenz nicht sicher feststehende Zugehör im Lastenverzeichnis aufgenommen werden²⁵. Nach Ablauf der Eingabefrist ist das gesamte **Lastenverzeichnis** sämtlichen Gläubigern, die in irgendeiner Weise an dem Grundstück oder an den Pertinenzen Rechte haben, zuzustellen, um ihnen die Möglichkeit zu bieten, ihre Rechte zu wahren. Vom Zeitpunkt der Zustellung an haben diese eine Frist von zehn Tagen, innerhalb welcher sie ihren Anspruch geltend machen oder die Drittsprüche bestreiten können²⁶.

Damit ist nun die Bereinigung des Lastenverzeichnisses eröffnet, denn bis dahin bestand noch keine Möglichkeit, die bestehenden Rechte und Ansprüche geltend zu machen. In erster Linie hat daher der Gläubiger, der das Lastenverzeichnis erhalten hat und seine Rechte wahren will, innert dieser zehntägigen Frist die aufgeführte Zugehör nach Bestand, Umfang, Fälligkeit oder Rang schriftlich beim Betreibungsamt zu bestreiten. Insbesondere steht ihm das Recht zu, die Pertinenzqualität von angeführter Zugehör anzufechten oder als solche noch weitere Sachen aufnehmen zu lassen, wenn er bis dahin keine Gelegenheit hatte, diese ins Lastenverzeich-

²¹ Haab, ZGB 644/45 N 33.

²² Kraye, S. 67.

²³ VZG 34 lit. a; SchKG 140; BGE 59 III 80 ff.

²⁴ VZG 11 I; BGE 55 III 42, 52 III 173.

²⁵ BGE 59 III 81.

²⁶ VZG 37 I/II, Anl. VZG 17; vgl. BGE 49 III 119 ff.

nis einsetzen zu lassen ²⁷, oder aber sein Eigentum (insbesondere bei EV) geltend zu machen.

1. Aufnahme weiterer Zugehör ins Lastenverzeichnis

VZG 38 ermöglicht dem Pfandgläubiger, weitere Zugehörstücke ins Lastenverzeichnis aufnehmen zu lassen ²⁸. Diese Neuaufnahmen sind sämtlichen Beteiligten wiederum zur Kenntnis zu bringen, da es sich nicht um eine selbständige Pfändung aus SchKG 110/11 handelt, sondern um eine Ergänzung und Vervollständigung des Lastenverzeichnisses ²⁹. Auch für diese Zugehörstücke muß eine zehntägige Bestreitungsfrist gestellt werden, wie dies für die schon im Lastenverzeichnis aufgeführten Pertinenzen der Fall war.

2. Das Bereinigungsverfahren

Wird innerhalb der zehntägigen Frist die Pertinenzqualität einer im Lastenverzeichnis angeführten *Z u g e h ö r* bestritten, so muß diese Streitfrage auf gerichtlichem Wege entschieden werden. Dabei ist der Anfechtende der Kläger und hat die Beweislast ³⁰, denn «solange nicht dargetan ist, daß der Zugehör diese Eigenschaft nach Vorschrift des Gesetzes nicht zukommt» wird vermutet, daß diese eine Zugehör ist ³¹. Das Betreibungsamt setzt nun eine zehntägige Frist an, innerhalb welcher der Bestreitende gegen jeden, der die Haftung dieser Zugehör behauptet, klagen kann ³². Es steht ihm hiezu die Widerspruchsklage aus SchKG 106 ff. offen. Wird die zehntägige Frist unbenutzt gelassen, so gilt die Bestreitung als nicht erfolgt und daher die Pertinenzeigenschaft als anerkannt.

Etwas anders sind die Parteirollen, wenn die Zugehör nicht ins Lastenverzeichnis aufgenommen worden ist und der Schuldner oder der Pfandgläubiger sie in die Pfändungsurkunde, bzw. das Lastenverzeichnis, aufnehmen lassen will. In diesem Fall hat derjenige zu klagen, der die Aufnahme verlangt hat ³³. Auch hier steht das Prinzip im Vordergrund, daß derjenige, welcher für sich ein Recht ableiten will, dieses beweisen muß ³⁴. Das Betreibungsamt setzt demjenigen, der die Aufnahme der betreffenden Pertinenz verlangt hat, eine zehntägige Frist, innerhalb derer er auf Anerkennung und Aufnahme der Pertinenz klagen kann. Es steht ihm auch hier die Widerspruchsklage aus SchKG 106 ff. zu ³⁵.

²⁷ VZG 38 I.

²⁸ Vgl. VZG 11 III.

²⁹ Haab, ZGB 644/45 N 34 unten.

³⁰ VZG 39 I, Anl. VZG 19.

³¹ ZGB 805 II.

³² Anl. VZG 19 lit. a.

³³ Anl. VZG 19 lit. b.

³⁴ Krayer, S. 76; ZGB 8.

³⁵ Haab, ZGB 644/45 N 34.

3. Zugehör im Eigentum Dritter

Wenn in der Pfändungsurkunde Zugehör aufgenommen ist, die ein Dritter zu Eigentum beansprucht, so muß dies vom Betreibungsamt auf der Urkunde vorgemerkt und den Parteien angezeigt werden (SchKG 106 I). Durch die Mitteilung an die Parteien wird dem Drittansprecher ebenfalls eine Frist von zehn Tagen angesetzt, innerhalb welcher er die Pertinenzeigenschaft bestreiten kann³⁶. Durch dieses Verfahren wird nun dieser den Pfändungsgläubigern «gleichgestellt», indem er mit ihnen am Lastenbereinigungsprozeß, also dem **Widerspruchsverfahren**, teilnehmen kann. Gleichzeitig erhalten auch Schuldner und Gläubiger eine zehntägige Frist angesetzt, in der sie ihrerseits den Anspruch des Dritten anfechten können (SchKG 106 II, VZG 38 III). Verstreicht diese Frist **unbenutzt**, so gilt der Anspruch des Dritten als anerkannt, und eine Verwertung dieser Sache kann nicht stattfinden³⁷.

Wird aber der Anspruch des Dritten rechtzeitig und richtig bestritten, so setzt das bis dahin aufgesparte **Widerspruchsverfahren** ein³⁸. Dieses ist am Ort der gelegenen Sache zu führen³⁹. Das Betreibungsamt setzt dem Dritten im Sinne von SchKG 107 I eine Frist, innerhalb welcher er gerichtliche Klage gegen den Gläubiger oder Schuldner anheben kann. Erhebt er keine Klage, so verzichtet er auf seinen Anspruch.

4. Verwertung

Nachdem nun das Lastenverzeichnis bereinigt und vervollständigt worden ist und eine zweite Schätzung den wertmäßigen Umfang der Pfandgegenstände festgestellt hat, kann das Betreibungsamt mit der Verwertung beginnen. Die Verwertung wird am Ort der gelegenen Sache durchgeführt⁴⁰.

Die Ersteigerer erwerben nach Maßgabe der Steigerungsbedingungen, die mit dem Lastenverzeichnis bekanntgegeben wurden. Der **Zuschlag** erfolgt an den Meistbietenden (SchKG 141, 126, VZG 60 I); jedoch darf in der Steigerung nur dann zugeschlagen werden, wenn das Höchstangebot im Minimum den Wert der Schätzung im Lastenverzeichnis erreicht, mit eingerechnet die pfandversicherten Forderungen, die der versteigerten Sache anhaften⁴¹.

Gläubiger und Schuldner sind nach VZG 57 berechtigt, sowohl eine von dem Grundstück **getrennte**, als auch anschließend eine **gemein-**

³⁶ VZG 38 II.

³⁷ Haab, ZGB 644/45 N 34 oben.

³⁸ SJZ 37 S. 237 Nr. 35.

³⁹ ZBJV 44 S. 660.

⁴⁰ Blumenstein, S. 449; SchKG 51 II.

⁴¹ SchKG 141, 126; Blumenstein, S. 464.

s a m e S t e i g e r u n g d e r Z u g e h ö r s t ü c k e m i t d e r L i e g e n s c h a f t z u v e r l a n g e n ^{41a}. Ist das Ergebnis der Gesamtsteigerung größer als die der Einzelsteigerung, so fallen die Angebote der letzteren dahin; der Zuschlag erfolgt an den Gesamtersteigerer. Bis zum eventuellen Zuschlag in der Gesamtsteigerung haftet der Meistbietende der Einzelsteigerung für sein Angebot ⁴².

Durch VZG 57 wird eine ernste G e f a h r heraufbeschworen, die für die Einheit des Pertinenzverbandes nicht unwichtig ist. Auf Grund von VZG 57 kann nämlich der P e r t i n e n z v e r b a n d z e r r e i ß e n , wenn nicht das Angebot der Gesamtsteigerung größer ist, als das der Einzelsteigerung. Diese Tatsache ist zu bedauern, finden wir doch im Gesetz und insbesondere in der Zwangsvollstreckung Bestimmungen, die dem Schutze des Zugehörverbandes dienen ⁴³. Eine Durchbrechung dieses Prinzips ist wohl der momentanen Befriedigung der Gläubiger dienlich, nicht aber der Sache an und für sich. Wenn nicht alle Pfandrechte vom Grundstück abgelöst sind, so haften mit dem Grundstück die dazugehörenden Pertinenzen. Werden diese nun nach VZG 57 einzelnen zugesprochen, so lösen sie sich aus der Pfandhaft. Dies bedeutet eine Verschlechterung des Grundstücks und daher eine Wertverminderung.

Um dieser Gefahr auszuweichen, hat das BG die Anwendung von VZG 57 auf die Fälle beschränkt, wo sämtliche Grundpfandrechte abgelöst werden konnten ⁴⁴.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf zwei Probleme der Verwertung der Zugehör hingewiesen:

A. Versicherte Zugehör

Es ist in der Praxis üblich, besondere Zugehörgegenstände, wie Maschinen, kostbare Geschäftseinrichtungen usw., gesamthaft zu versichern (meist sind es Feuerversicherungen). Werden nun solche Pertinenzen versteigert, so gelten gewisse Regeln hinsichtlich des Versicherungsvertrages. VZG 62, gestützt auf VVG 54 I und Vo. des BG betr. Pfändung, Arretierung und Verwertung von Versicherungsansprüchen nach VVG vom 10. Mai 1910, Art. 3, bestimmt, daß wenn diese Zugehör gesamthaft den Eigentümer wechselt, «die Rechte und Pflichten aus dem Versicherungsvertrage auf den Erwerber übergehen» ⁴⁵. Dies kann jedoch nur Geltung haben, wenn diese Gegenstände in ihrer Gesamtheit übergehen. Werden sie jedoch

^{41a} *Weiß*, Sammlungen Nr. 5121.

⁴² VZG 45 lit. c, 56.

⁴³ VZG 12, 27.

⁴⁴ BGE 49 III 6 ff.

⁴⁵ VVG 54 I.

getrennt, ist es aus praktischen Gründen unmöglich, daß der Versicherungsvertrag weiter auf diese Zugehör Anwendung finden kann ⁴⁶.

Es ist notwendig, daß bei einem Gesamtübergang der Pertinenzen einer Hauptsache sowohl der neue Eigentümer auf die bestehende Versicherung aufmerksam gemacht, als auch der Versicherung die Handänderung bekanntgegeben wird. Beide sind an den alten Vertrag gebunden, haben aber die Möglichkeit, innert 14 Tagen von der Handänderung an, vom Vertrage zurückzutreten.

Wird die versicherte Zugehör nicht gesamthaft erworben, d. h. wird sie verschiedenen Ersteigern zugeschlagen, so fällt der Vertrag dahin, und die neuen Eigentümer sind auf das Bestehen eines Versicherungsvertrages nicht aufmerksam zu machen.

B. Zugehör nach der ersten Steigerung

Wenn die erste Steigerung *e r g e b n i s l o s* verlaufen ist, d. h. wenn die Angebote nicht die Minimalhöhe der Schätzung und der dazugehörenden Pfandlasten erreicht haben, so fällt die Verwertung dieser Gegenstände dahin ⁴⁷. Im Gegensatz zur alten Regelung vor der Revision des SchKG durch das BGes. vom 28. September 1949 erfolgt keine zweite Steigerung mehr. Der Betreibungsbeamte hat somit schon nach der ersten Steigerung für die nicht gedeckten Forderungen einen Verlustschein auszustellen (SchKG 126 II, 149).

Eine gesonderte Zugehörverwertung ist nicht möglich, da die Pertinenzen weiterhin den Grundpfandgläubigern mithaften. Aus diesem Grunde entstand VZG 71 I, der eine Verwertung nur dann zuläßt, wenn alle Grundpfandgläubiger einer solchen zustimmen ⁴⁸, ^{48a}.

β) Mobilienverwertung

Wesentlich einfacher gestaltet sich die Frage der Zugehör in der Betreibung auf Pfändung bei Pertinenzen von Mobilien. Wird ein Schuldner betrieben, so sind in erster Linie die beweglichen Vermögensstücke zu pfänden ⁴⁹. Diese werden in der *P f ä n d u n g s u r k u n d e* aufgeführt, die gewissermaßen das Lastenverzeichnis der Mobilien bildet. Es sind

⁴⁶ Kraye, S. 105.

⁴⁷ SchKG 126, 141; ergänzend SchKG 127.

⁴⁸ Vgl. VZG 12 I als Schutz für die Grundpfandgläubiger bei gesonderter Pfändung der Zugehör. BGE 59 III 61 ff.

^{48a} Durch die Aufhebung der zweiten Steigerung ist VZG 71 I nicht ungültig geworden, sondern ist jetzt analog schon auf die ergebnislos ausgefallene erste Steigerung anzuwenden.

⁴⁹ SchKG 95.

daher auch die Pertinenzen mit in diese Urkunde aufzunehmen, wobei sie als Zugehör bezeichnet werden müssen. Wenn nun ein Dritter diese Zugehör als Eigentum für sich beansprucht, so hat der Schuldner oder Dritte dies in der Pfändungsurkunde anmerken zu lassen. Unterläßt der Schuldner dies, so wird er straffällig⁵⁰. Das Betreibungsamt hat nun die Pflicht, die **Drittansprecher** der in der Pfändungsurkunde vermerkten Zugehör von der Pfändung zu benachrichtigen. Mit dieser Mitteilung setzt das Betreibungsamt sowohl den Schuldnern wie auch den Gläubigern eine Frist von zehn Tagen, innerhalb welcher sie die Ansprüche des Dritten anfechten können⁵¹. Wird keine Bestreitung angehoben, so gilt der Anspruch des Dritten als anerkannt (SchKG 106 III).

Wenn dagegen der Schuldner oder ein pfändender Gläubiger den Anspruch des Dritten bestreitet, so setzt das Betreibungsamt diesem wiederum eine zehntägige Frist, innert welcher er gerichtliche Klage auf Feststellung seines Rechtes erheben kann⁵².

Kläger ist stets der Drittansprecher, Beklagter der Gläubiger oder Schuldner, d. h. derjenige, der den Anspruch des Dritten bestreitet⁵³. Das Gericht hat nun festzustellen, ob ein Anspruch des Drittansprechers bestehe. Obsiegt dieser, so hat das lediglich zur Folge, daß sein Eigentum anerkannt ist, nicht aber, daß diese Sache von der Pfändungsurkunde gestrichen würde. Der Dritte hat lediglich die Gewähr, daß seine zu Eigentum beanspruchte Sache in letzter Linie verwertet wird⁵⁴.

Wird die Widerspruchsklage vom Dritten nicht erhoben, so gilt sein Schweigen als Verzicht auf seinen Anspruch (SchKG 107 III).

Verwertung

Liegt ein nach SchKG 116 gültiges **Verwertungsbegehren** vor, so ordnet das Betreibungsamt die Verwertung nach SchKG 125 an. Diese wird meist als **öffentliche Steigerung**⁵⁵ durchgeführt. Dabei muß ebenfalls das **Deckungsprinzip** (SchKG 126) angewandt werden, d. h. die Sache kann dem Meistbietenden nur dann zugeschlagen werden, wenn sein Angebot den Schätzungswert und den Wert allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender pfandversicherter Forderungen erreicht (SchKG 126 I). Kommt hier kein oder ein zu niedriges Angebot zustande, so fällt die Verwertung und Betreibung auf diesen Gegenstand dahin (SchKG 126 II, 127).

⁵⁰ Jaeger, SchKG 91 N 7; StGB 148 ff.

⁵¹ SchKG 106 II.

⁵² Für EV-Anspruch SchKG 107, für Faustpfandrechtsanspruch SchKG 109, BGE 41 III 362.

⁵³ E. Jaeger, S. 20.

⁵⁴ E. Jaeger, S. 17.

⁵⁵ SchKG 125 I.

2. *Betreibung auf Pfandverwertung*

a) Die Betreibung auf Pfandverwertung ist die vereinfachte Form der Betreibung auf Pfändung. Der betreibende Gläubiger kann in diesem Falle sofort die Verwertung des Pfändungsgutes verlangen, ohne den Umweg über eine Pfändung einschlagen zu müssen. Der Umfang einer solchen Pfandverwertung wird in einem Pfandvertrag festgelegt, der außerhalb des Betreibungsverfahrens abgeschlossen wurde ¹.

Bei der Betreibung auf Pfandverwertung erstreckt sich diese ebenfalls auf die Zugehör. Es ist nicht notwendig, daß die Pertinenz speziell im Betreibungsbegehren aufgeführt ², noch daß der Gläubiger von ihrer Existenz oder Mithaft benachrichtigt werde.

Vom Betreibungsbegehren wird der Schuldner in Kenntnis gesetzt, ebenso diejenigen, welche ein Recht an der gepfändeten Sache haben. Schuldner und Dritte können ihre Rechte durch Rechtsvorschlag wahren ³.

Wird das Betreibungsamt durch das Verwertungsbegehren aufgefordert, die Pfandverwertung durchzuführen, so werden eine Reihe von gleichen Bestimmungen angewendet, die auch für die Betreibung auf Pfändung gelten. Das Betreibungsamt hat sofort eine Schätzung der zu versteigernden Sache anzuordnen ⁴ und den Wert dem Schuldner wie den Gläubigern anzuzeigen ⁵. Das Lastenverzeichnis wird hierauf in genau gleicher Weise bereinigt ⁶ (VZG 34 lit. a, 37—40, 41 II).

Desgleichen finden VZG 45 lit. c und 57 auf die Steigerungsbedingungen Anwendung ⁷; wie auch VZG 62 für die versicherte Zugehör bei der Betreibung auf Pfandverwertung Geltung hat ⁸.

b) Für die Verteilung des Zugehörerlöses ist folgendes zu beachten: In erster Linie sollen die Gläubiger aus dem Erlös der verwerteten Hauptsache befriedigt werden. Wenn dies zur Deckung nicht ausreicht, so haften ihnen die Pertinenzen nach Maßgabe ihres Ranges ⁹ (der bestimmt wird durch den Rang, den sie im Konkurs einnehmen würden ¹⁰).

3. *Der Konkurs*

Der Konkurs ist die schärfste Form der Betreibung, denn er bildet «die amtliche Durchführung der Vollstreckung sämtlicher im Zeitpunkt der

¹ Blumenstein, S. 505; v. Overbeck, S. 127.

² BGE 52 III 173; SchKG 151 I.

³ BGE 41 III 259, 42 III 31; a. M. BGE 24 I 159, 26 I 161; Blumenstein, S. 515.

⁴ VZG 99 I.

⁵ VZG 99 II.

⁶ Siehe S. 67.

⁷ Siehe S. 68 f.

⁸ Siehe S. 69 f.

⁹ VZG 115; ZR 16, 135.

¹⁰ SchKG 219; VZG 79 II.

Konkurseröffnung gegenüber dem Gemeinschuldner vorhandenen und nach gesetzlicher Vorschrift angemeldeten Ansprüche in das gesamte realisierbare Vermögen des letzteren»¹.

Daher ist es notwendig, durch ein Inventar die Aktiven des Gemeinschuldners zusammenzustellen, um sie den Passiven gegenüberstellen zu können. Daß bei einem Konkurs die Zugehör mit ihrer Hauptsache mit haftet, ist selbstverständlich, doch muß hier untersucht werden, wie und welchen Pfandforderungen diese Zugehörstücke haften. Daher ist neben dem Schuldenruf auch die Inventaraufnahme notwendig, die die Haftung der Pertinenzien klärt und bestimmt.

a) Das Inventar

Nach SchKG 221 I ist das Konkursamt verpflichtet, beim Konkurs des Schuldners sofort mit dem Erstellen des Inventars zu beginnen. Dieses soll alle zur Konkursmasse gehörenden Vermögensstücke umfassen. Unter diese Stücke können auch Zugehördien fallen, die ebenfalls einzeln aufzuführen sind, auch wenn die Zugehöreigenschaft am Orte üblich und auch nicht bestritten ist. Handelt es sich um Zugehör, die im Grundbuch vermerkt ist, so genügt im Inventar ein Hinweis darauf. In einer besonderen Kolonne² sind die Pfandrechte, Eigentumsansprüche usw.³ der Zugehör und Hauptsachen anzumerken; ebenso ist es wichtig, daß Zugehör, deren Qualität noch umstritten ist, mit einer entsprechenden Bemerkung versehen wird.

Die im Inventar aufgeführten Vermögensobjekte werden nach SchKG 227 geschätzt, wobei für Grundstücke und deren Zugehör VZG 9 maßgebend ist.

b) Der Schuldenruf

Mit der Aufstellung des Inventars wird öffentlich⁴ die Eröffnung des Konkurses durch das Konkursamt verkündet. Diese Konkurspublikation fordert alle Gläubiger auf, innert Monatsfrist ihre Forderungen geltend zu machen⁵. Desgleichen haben die Pfandgläubiger ihre Pfandtitel dem Konkursamt zur Einsicht einzureichen⁶. Nach dieser Frist von einem Monat ist es den Pfandgläubigern nicht mehr möglich, weitere Pfandansprüche geltend zu machen⁷.

¹ Blumenstein, S. 545.

² Auf Formular VZG Nr. 7, Anl. VZG 10.

³ SchKG 225; KV 34.

⁴ Im Schweizerischen Handelsamtsblatt, evtl. noch in anderen Amtsblättern oder Tageszeitungen.

⁵ SchKG 232.

⁶ SchKG 233; KV 40 I; BGE 64 III 68.

⁷ BGE 55 III 98.

Da die Art der Anmeldung von Ansprüchen nicht im Gesetze geregelt ist, empfiehlt es sich, diese mit Belegen (Grundbuch, Pfandverträge usw.) schriftlich dem Konkursamt anzugeben. Eine mündliche Anmeldung oder ein Einreichen ohne Belege ist zwar möglich, jedoch nicht sehr ratsam, da im Kollokationsverfahren Unannehmlichkeiten entstehen könnten⁸.

c) K o l l o k a t i o n s v e r f a h r e n

Das Kollokationsverfahren hat im Konkurs den gleichen Zweck, wie das Lastenbereinigungsverfahren in der Betreibung. Es dient zur Feststellung, inwieweit die Forderungen der Gläubiger durch die Konkursverwaltung anerkannt werden können⁹.

Für unseren speziellen Fall hat das Konkursamt in der Hauptsache zu prüfen, ob die angeführten Pertinenzen auch tatsächlich solche sind. Dabei hat die Konkursverwaltung durch eine freie Würdigung über die Zulassung oder Verneinung der Zugehöreigenschaft nach ZGB 644/45 zu entscheiden¹⁰. Sie ist nicht an die Einträge im Grundbuch gebunden¹¹, da der Eintrag in dasselbe ohne materielle Prüfung durch den Grundbuchführer erfolgte. Es wird daher von Vorteil sein, wenn die Konkursverwaltung auch die Sachen in den Kollokationsplan aufnimmt, die nach dem Ortsgebrauch unzweifelhaft Zugehörqualität besitzen¹². Notwendig ist dies zwar nicht, doch praktischer, denn andernfalls könnte bei der Anfechtung des Kollokationsplanes diese Zugehör übersehen werden, weil diese entweder nicht bekannt ist oder nicht als pfandbelastet betrachtet wird¹³.

Neben der Prüfung der Zugehöreigenschaft muß der Bestand an Pfandrechten, ihr Umfang, ihre Haftung — ob einem einzelnen Gläubiger oder allen — wie auch ihr Rang geprüft werden¹⁴. Die Ergebnisse dieser Prüfung müssen im Lastenverzeichnis des Kollokationsplanes genau aufgezeichnet werden¹⁵. Unter Umständen müssen sogar in den einzelnen Rubriken Bemerkungen zum Entscheid über die Forderung, den Rang, die Fälligkeit und Anmerkung der Zugehöreigenschaft angebracht werden. Eine Begründung ist insbesondere bei der An- oder Aberkennung der Pertinenzqualität anzuführen.

Nachdem nun der Kollokationsplan aufgestellt ist, wird er im Konkursamt öffentlich zur Einsicht aufgelegt. Eine spezielle Mitteilung an die Konkursgläubiger ist nicht vorgesehen, da eine amtliche Bekanntmachung der

⁸ Abweisung des Anspruches usw.; *Krayer* S. 129.

⁹ SchKG 244.

¹⁰ VZG 11 I/II, 34 lit. a.

¹¹ BGE 55 III 98 ff.

¹² *Haab*, ZGB 644/45 N 38; BGE 55 III 43.

¹³ *Krayer*, S. 132.

¹⁴ BGE 34 I 603, 36 I 85, 38 I 297, 41 III 421.

¹⁵ VZG 125; KV 58 II, 56 I.

öffentlichen Auflage des Planes in den gleichen Zeitungen erscheint, in denen der Konkurs publiziert wurde. Jedoch wird jedem Gläubiger, dessen Forderung durch die Konkursverwaltung teilweise oder ganz abgelehnt wurde, die Ablehnung mit einer eingehenden Begründung des Entscheides mitgeteilt¹⁶. Wer diesen Entscheid anfechten will, dem steht eine zehntägige Frist zur Verfügung, innerhalb derer er Klage¹⁷ erheben kann¹⁸. Zur Anfechtung ist jeder andere Gläubiger berechtigt, der sich durch den aufliegenden Kollokationsplan in seinen Rechten verletzt fühlt.

d) Bereinigung des Lastenverzeichnisses, Anfechtung der Kollokation

I. Klage des Pfandgläubigers gegen die Masse

Wurde einem Pfandgläubiger das Pfandrecht zu Unrecht von der Konkursverwaltung eingeschränkt oder verneint, sei es, daß die Pertinenz-eigenschaft der mitbelasteten Sache abgesprochen oder der Bestand eines Pfandrechtes als nichtexistent betrachtet wurde, so kann dieser Klage gegen die Konkursmasse führen¹⁹. Eine Beschwerde gegen die Konkursverwaltung bei der Aufsichtsbehörde ist nicht zulässig, insbesondere dann nicht, wenn es sich um die Feststellung der Zugehörqualität handelt. Für diese Feststellung sind nur die Gerichte zuständig²⁰. Liegt ein gültiger Klagegrund vor²¹, so kann der Gläubiger auf Abänderung der Kollokation klagen, und zwar auf Aufnahme seines Pfandanspruches. Beklagte ist die Masse, vertreten durch die Konkursverwaltung.

Handelt es sich um eine Streichung des Pfandrechtes, die mehrere Gläubiger betrifft, so haben sich diese zu einer aktiven Streitgenossenschaft zusammenzutun. Versäumt einer der abgewiesenen Gläubiger, sich dieser anzuschließen, so geht sein Recht in jedem Falle unter²².

Wird nun durch Entscheid des Gerichtes die Klage des Pfandgläubigers geschützt, so hat die Konkursverwaltung einen neuen, abgeänderten Kollokationsplan aufzustellen und zu veröffentlichen. Dies gilt ebenso für den vergleichsweise erledigten Streit gemäß KV 66.

¹⁶ KV 68; SchKG 249 III.

¹⁷ Vgl. d des gl. §.

¹⁸ BGE 62 III 55.

¹⁹ SchKG 250 II.

²⁰ Siehe S. 62 ff.

²¹ Ein solcher liegt dann nicht vor, wenn ein Pfandrecht angemeldet ist, das nicht schon bei der Konkurseingabe geltend gemacht wurde. *Krayer*, S. 137; a. M. *Jaeger*, SchKG 250 N 8.

²² *Krayer*, S. 138.

II. Klage des Pfandgläubigers gegen einen anderen Pfandgläubiger

Bestreitet ein Pfandgläubiger das Pfandrecht eines andern, so hat jener gegen diesen Kollokationsklage zu erheben, mit dem Begehren, daß die Anerkennung des Pfandrechtes aufzuheben sei, da es die Deckung des Klägers ungerechtfertigt schmälere. Der Kläger hat die falsche Kollokation zu beweisen, ebenso muß der Beklagte sein Interesse mit dem Beweis verteidigen, daß seine Kollokation richtig sei.

Hat das Gericht eine neue Kollokation aufgestellt, so ist diese Festsetzung für die Masse verbindlich, obwohl der Kläger in seinem Namen und nicht im Namen der Masse klagte ²³.

III. Klage des Kurrentgläubigers gegen den Pfandgläubiger

Die nicht pfandversicherten Konkursgläubiger haben die Möglichkeit, zur Wahrung ihrer eigenen Interessen gegen die pfandversicherten Gläubiger zu klagen, wenn sie die im Lastenverzeichnis aufgeführte Zugehör als solche bestreiten. Die Klage geht auf Aberkennung der Zugehörqualität. Die Beklagten sind die pfandversicherten Gläubiger, deren Pfandanspruch an der umstrittenen Zugehör im Lastenverzeichnis aufgeführt ist. Trotzdem auch hier weder im Namen der Konkursmasse noch gegen diese geklagt wird, ist die Konkursverwaltung an den Entscheid des Gerichtes gebunden.

Es ist im Rahmen der Anfechtung des Kollokationsplanes und seines Lastenverzeichnisses nicht möglich, Eigentumsansprüche an Zugehör zu behandeln. Diese Streitfrage wird in einem besonderen Verfahren, dem Aussonderungsverfahren, geregelt und durchgeführt.

e) Das Aussonderungsverfahren

I. Nach einem Entscheid des BG ²⁴

Wird von einem Dritten eine Zugehör zu Eigentum beansprucht, so wird dieser Anspruch im Lastenverzeichnis aufgeführt. Ist die beanspruchte Zugehör mit einem Pfandrecht belastet, so hat die Konkursverwaltung, sofern im Kollokationsentscheid das Zugehörpfandrecht anerkannt wird, dem Drittansprecher eine Frist einzuräumen, in der er seine Rechte wahren kann. Die Klage richtet sich gegen alle Pfandgläubiger der Zugehör, die nicht auf ihr Recht verzichtet haben.

Diese Klage wird nicht, wie nach KV 53 angenommen werden könnte, außerhalb des Konkursverfahrens angehoben, sondern in ihm selber entschieden, sofern es sich um vindizierte Zugehörgegenstände handelt, an denen der Erwerb des Pfandanspruches kraft guten

²³ Jaeger, SchKG 250 N 9.

²⁴ BGE 54 III 15 ff.

Glaubens behauptet wird. Das BG schreibt daher vor, daß diese Gegenstände dem Drittsprecher nicht herausgegeben werden dürfen, solange nicht die Pfandansprüche im Kollokationsverfahren verneint worden sind. Es ist somit nicht nach KV 53, sondern nach VZG 41 II, 57, 130 zu verfahren ²⁵.

II. Nach KV 53

Das Verfahren nach KV 53 ist anders, gerade entgegengesetzt. Nach diesem hat die Konkursverwaltung den vindizierten Gegenstand dem Drittsprecher auszuliefern, wenn sie seinen Anspruch anerkennt. Es ist dann Sache der Dritteigentümer und Pfandgläubiger, diesen Streit **a u ß e r h a l b d e s K o n k u r s v e r f a h r e n s** auszufechten. Durch die Herausgabe des vindizierten Gegenstandes fällt dieser für die Konkursmasse dahin, es sei denn, daß durch ein Urteil eines außerhalb des Konkurses ausgetragenen Streiters der Drittspruch abgewiesen wird, so daß diese Sache wieder in die Konkursmasse zurückkehrt.

Wird der Drittspruch von der Konkursverwaltung nicht anerkannt, so hat der Drittsprecher die Möglichkeit nach SchKG 242 und KV 45 ff., die Aussonderungsansprüche gegen die Konkursverwaltung geltend zu machen.

f) Verwertung und Verteilung

I. Verwertung

Die Verwertungsarten sind **V e r s t e i g e r u n g** und **f r e i h ä n d i g e r V e r k a u f**. Erstere ist die üblichere. Bei beiden Arten wird die Zugehör gemäß VZG 57 mit der Hauptsache verwertet ²⁶.

Für die **V e r s t e i g e r u n g** bilden ebenfalls VZG 41 II, SchKG 130 und VZG 56/7 die rechtlichen Grundlagen, wie bei der Betreibung auf Pfändung, bzw. Pfandverwertung. Die Steigerungsbedingungen sind die gleichen. Ist die erste Steigerung nicht genügend, da die Schätzungssumme nicht erreicht wird, so kann eine zweite Steigerung nicht mehr stattfinden. VZG 130 II hat heute nach der Revision des SchKG vom 1. Februar 1950 ²⁷ keine Rechtsgültigkeit mehr. Daher muß der Verwertungsgegenstand dem Höchstbietenden zugeschlagen werden ²⁸, gleichgültig, wie hoch sein Angebot auch sein mag.

Inzwischen kann versucht werden, wenn alle Gläubiger einverstanden sind, die Vermögensgegenstände aus **f r e i e r * H a n d** zu verkaufen

²⁵ BGE 54 III 19.

²⁶ BGE 68 III 113.

²⁷ Vgl. BGes. betr. Revision des SchKG vom 28. September 1949.

²⁸ SchKG 258.

(SchKG 130, 256). Sind einige Gläubiger mit einem solchen Verkaufe nicht einverstanden, so darf ihnen daraus kein Nachteil irgendwelcher Art entstehen ²⁹.

II. Verteilung

Für die Verteilung ist ebenfalls VZG 115 maßgebend ³⁰. Jeder Pfandgläubiger wird nach Maßgabe seines Ranges befriedigt, wobei seine Forderung erst dann aus dem Zuhörerlös gedeckt wird, wenn sich aus der Verwertung des Grundstückes keine genügenden Einnahmen ergeben haben. Aus dem Ueberschuß werden die nicht pfandversicherten Gläubiger befriedigt. Für den ungedeckt bleibenden Teil erhält jeder Gläubiger einen Verlustschein (SchKG 265).

B. In der Expropriation

Nach dem Expr. Ges. gilt Art. 11 nicht nur für den Bestandteil, sondern auch für die Zugehör. Es finden daher die gleichen Grundsätze und Regeln Anwendung, wie ich sie in § 8 aufgeführt habe. Es sei daher, um Wiederholungen zu vermeiden, auf diesen Abschnitt verwiesen ¹.

²⁹ BGE 53 III 18/19.

³⁰ VZG 132.

¹ Siehe S. 46.

LEBENS LAUF

Ich wurde am 15. Januar 1926 in Wettingen geboren. Meine Primarschulzeit verbrachte ich in Zürich, hier besuchte ich auch das Freie Gymnasium. 1942 trat ich ins Landerziehungsheim Schloß Glarisegg ein, wo ich mit der kantonalthurgauischen Matura das Gymnasium abschloß. 1945 immatrikulierte ich mich an der Universität in Zürich. Mein Studium wurde durch zwei Semester in Paris ergänzt.

